

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20 Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Lunds universitet, Box 117, 221 00 Lund

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Lunds universitet ska betala 45 000 (fyrtiofem tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Lunds universitet har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 14 december 2017 ingå avtal om köp av bygg- och järnvaror med Tools Sverige AB (Tools) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket har granskat Lunds universitets inköpsverksamhet. Under granskningen framkom bl.a. uppgifter om att universitetet köpt bygg- och järnvaror (däribland verktyg och byggmaterial) under 2017 till ett sammanlagt värde som överstiger direktupphandlingsgränsen. Med anledning av detta inledde Konkurrensverket ett ärende. Under utredningen framkom bl.a. följande.
3. Universitetets köp av bygg- och järnvaror från Tools har skett vid ett stort antal tillfällen under 2017. Avtal om sådana köp har i regel ingåtts genom att företrädare för universitetet har köpt aktuella varor i leverantörens butiker. Ett av dessa avtal ingicks den 14 december 2017 i leverantörens butik.
4. Efter ingående av avtal har Tools fakturerat universitetet för aktuella köp. Bolaget har skickat sammanlagt 388 fakturor till universitetet avseende dess köp av bygg- och järnvaror under 2017. Universitetets utbetalningar till Tools avseende dessa köp uppgår till 613 164 kronor (exkl. moms). Köpen har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU.
5. Under Konkurrensverkets utredning har universitetet även påtalat att det funnits osäkerhet hos myndigheten i fråga om vilka upphandlingar som omfattades av annonseringsskyldighet. Universitetet har förklarat att de endast antagit att avtal med enskilda leverantörer som uppgår till större belopp borde ha annonserats.

Avtalets karaktär och värde

6. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § resp. 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det aktuella tröskelvärdet (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 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 tillämpligt.¹ Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²

7. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vidare ska värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten har gjort under räkenskapsåret läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.
8. Av förarbetena följer att 19 kap. 8 § LOU motsvaras av vissa angivna bestämmelser i 5 kap. nämnda lag rörande beräkning av kontraktsvärde i syfte att fastställa om detta överstiger tillämpligt tröskelvärde. Vid behov av vägledning för tolkningen av 19 kap. 8 § LOU får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena.³
9. Genom 5 kap. 8 § LOU har artikel 5.9 i direktiv 2014/24/EU genomförts i svensk rätt, vilken reglerar värderingen av delkontrakt. Av bestämmelserna följer att värdet av ett delkontrakt även innefattar värdet av övriga delkontrakt som avser köp av likartade varor. Enligt skäl 19 i direktivet ska med begreppet "likartade varor" förstås sådana varor som är avsedda för identisk eller likartad användning, varvid en rad livsmedel eller kontorsvaror ges som exempel. Mot bakgrund av exemplifieringen i skäl 19 får även bygg- och järnvaror anses utgöra "likartade varor".
10. Stöd för sådan slutsats återfinns även praxis. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika direktupphandlingar ska anses vara av samma slag i den mening som avses i 19 kap. 8 § LOU krävs inte att de är identiska. Det måste dock föreligga påtagliga likheter mellan de varor som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelserna.⁴
11. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör samtliga avtal om köp av järn- och byggvaror som universitetet ingått med Tools under 2017 direktupphandlingar av samma slag i den mening som avses i 19 kap. 8 § tredje

¹ Tröskelvärdet uppgick 2017 till 1 910 323 kronor och direktupphandlingsgränsen till 534 890 kronor.

² Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

³ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 293 och 345 f angående motsvarande bestämmelser i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU).

⁴ HFD 2017 ref. 74.

stycket LOU. Detta då det rör sig om likartade varor till syfte att täcka ett likartat behov hos myndigheten.

12. Vidare har inköpen gjorts från samma leverantör och avser varor som typiskt sett tillhandahålls av en och samma leverantör.⁵ Vid beräkning av avtalets kontraktsvärde ska således även värdet av universitetets övriga direktupphandlingar av bygg- och järnvaror från Tools under 2017 beaktas.
13. Som tidigare redovisats i punkt 4 har Tools sammanlagt fakturerat Lunds universitet 613 164 kronor (exkl. moms) avseende myndighetens köp av bygg- och järnvaror under 2017. Värdet av avtalet av den 14 december 2017 ska därmed beräknas till nämnda belopp. Avtalets värde överstiger därmed direktupphandlingsgränsen (534 890 kronor), men understiger det då gällande tröskelvärdet (1 910 323 kronor). Avtalet omfattas således av bestämmelserna i 19 kap. LOU.⁶

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

14. Eftersom upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle kommunen ha annonserat upphandlingen enligt 19 kap. 9 § LOU. Detta gäller under förutsättning att något undantag från annonseringsplikten inte förelegat.
15. Under Konkurrensverkets utredning har universitetet inte gjort gällande att det aktuella avtalet omfattas av något undantag från annonseringsskyldigheten. Enligt Konkurrensverket föreligger heller inte några omständigheter som medför sådant undantag. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

16. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁷ Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁸
17. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att

⁵ Jfr S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. och artikel 5.9 och skäl 19 i direktiv 2014/24/EU. Resonemanget avser sammanräkningsreglerna i direktiv 2014/24/EU, således de regler som återfinns i 5 kap. LOU men bör vara relevant även för reglerna i 19 kap. LOU, se prop. 2009/2010:180 del 1 s. 293.

⁶ 1 kap. 4 § andra stycket LOU.

⁷ 21 kap. 1 § 3 LOU.

⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁹

18. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU.¹⁰ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹¹ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 613 164 kronor (se punkt 13 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 61 316 kronor ($613\,164 \times 0,1$).
19. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.¹²
20. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Av betydelse är bl.a. den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹³ Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som försvårande omständighet.¹⁴ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁵
21. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Konkurrensverket ansöker denna dag om att Lunds universitet ska påföras upphandlingsskadeavgift avseende ytterligare tre avtal som universitetet ingått genom otillåtna direktupphandlingar under 2017. Dessa sammanlagt fyra otillåtna direktupphandlingar har genomförts under en begränsad period och utgör

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196–197.

¹⁰ 21 kap. 4 § LOU.

¹¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹² 21 kap. 5 § LOU.

¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹⁴ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁵ A. prop. s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

enligt Konkurrensverket försvårande omständigheter som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.¹⁶

22. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 45 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Övrigt

23. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare tre ansökningar om upphandlingsskadeavgift mot Lunds universitet till Förvaltningsrätten i Malmö (Konkurrensverkets dnr 482/2018, 483/2018 och 485/2018).

Tove Kockum

Kristoffer Sällfors

¹⁶ Jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 369–370.