

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 50 000 (femtio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Lunds universitet har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att i september 2017 ingå avtal om resetjänster med Kilroy Sweden AB (Kilroy) 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 har köpt resetjänster från Kilroy under 2017 till ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen. Med anledning av detta inledde Konkurrensverket ett ärende. Under utredningen framkom bl.a. följande.
3. Universitetet hade tidigare ett ramavtal med Kilroy avseende resetjänster. Personal på myndigheten har emellertid fortsatt att vända sig till Kilroy för köp av resetjänster (flyg och hotellboende) även efter utgången av ramavtalet, däribland vid ett flertal tillfällen under 2017.
4. Under den utredning som föregått Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift har universitetet inte kunnat precisera vid vilka tidpunkter under 2017 som myndigheten ingått avtal med Kilroy. Enligt universitetet har dock merparten av avtalen ingåtts muntligen under telefonsamtal mellan företrädare för universitetet och Kilroy vid ett eller flera tillfällen i början av september 2017. Konkurrensverket finner i det här fallet inte anledning att ifrågasätta universitetets uppgifter. Universitetet har sammanlagt betalat 637 620 kronor (exkl. moms) till Kilroy för resetjänster som universitetet köpt under 2017. Köpen har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU.
5. Konkurrensverkets talan avser ett av de avtal som universitetet ingick med Kilroy i september 2017.
6. Under Konkurrensverkets utredning har universitetet även anfört 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

7. 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
8. 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.
9. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika direktupphandlingar ska anses vara av samma slag krävs inte att de är identiska. Det måste dock föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelserna. När det särskilt gäller upphandling av tjänster bör det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de ska anses vara av samma slag.³
10. Av det underlag som Konkurrensverket tagit del av framgår att värdet av de enskilda avtal som universitetet ingått med Kilroy under 2017 varierat mellan 6 990 kronor och 102 125 kronor (exkl. moms). Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör samtliga resetjänster som universitetet köpt av Kilroy under året direktupphandlingar av samma slag i den mening som avses i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU. Detta eftersom köpen avser utförande av samma typ av tjänst och var avsedda att täcka liknande behov hos den upphandlande myndigheten. Vidare har tjänsterna tillhandahållits av samma leverantör och tjänsterna är sådana som typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör.⁴

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 HFD 2017 ref. 74.

⁴ 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 2014/34/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. 2009/10:180 del 1 s. 293.

11. Vid beräkning av kontraktsvärdet för det avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan ska således även värdet av övriga direktupphandlingar av resetjänster under 2017 beaktas.
12. Som tidigare redovisats ovan (punkt 4) har Kilroy sammanlagt fakturerat Lunds universitet 637 620 kronor (exkl. moms) för resor köpta under 2017. Värdet av avtalet ska därmed beräknas till nämnda belopp och överstiger således direktupphandlingsgränsen (534 890 kronor), men understiger det då gällande tröskelvärdet (1 910 323 kronor). Avtalet omfattas således av bestämmelserna i 19 kap. LOU.⁵

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

13. 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.
14. 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 tillämpning av sådant undantag. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

15. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁶ 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.⁷
16. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁸
17. 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.⁹

⁵ 1 kap. 4 § andra stycket LOU.

⁶ 21 kap. 1 § 3 LOU

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁸ A. prop. s. 196–197.

⁹ 21 kap. 4 § LOU.

Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 637 620 kronor (se punkt 12 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 63 762 kronor ($637\,620 \times 0,1$).

18. 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.¹¹
19. 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.¹² 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 en försvårande omständighet.¹³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴
20. 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 enligt Konkurrensverket försvårande omständigheter som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.¹⁵
21. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 50 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

¹⁰ Se HFD 2014 ref. 69.

¹¹ 21 kap. 5 § LOU.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹³ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁴ 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.

¹⁵ Jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 369–370.

Övrigt

22. 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 483/2018, 484/2018 och 485/2018).
-

Tove Kockum

Kristoffer Sällfors