

Förvaltningsrätten i Växjö
Box 42
351 03 Växjö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Kustbevakningen, Box 536, 371 23 Karlskrona

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU förpliktar Kustbevakningen att betala 35 000 (trettiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

- 1 Kustbevakningen har brutit mot LOU genom att myndigheten under perioden den 24 mars 2011 – den 31 maj 2011 har slutit avtal avseende köp av kommunikationsradioutrustning med Furuno Sverige AB (Furuno) utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningar för direktupphandling inte var uppfyllda. Kustbevakningen har därigenom ingått avtal genom en otillåten direktupphandling.

Omständigheter

- 2 Den 22 mars 2011 skickade Kustbevakningen ut en offertförfrågan till fem utvalda leverantörer avseende inköp av 45 enheter av kommunikationsradion Motorola GP340Ex Blue samt vissa tillbehör till denna, se bilaga 1. Inköpet genomfördes som en direktupphandling. I offertförfrågan angavs att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Offert skulle lämnas senast den 7 april 2011.
- 3 Kustbevakningen angav bland annat följande som skäl till att inte annonsera inköpet, se bilaga 2. Kustbevakningen har ett sambandssystem, bestående av radioapparater från Motorola med produktspecifika tillbehör såsom laddare, headset, hjälmar m.m. I vissa avseenden är dessa tillbehör specialanpassade och personliga. Myndighetens personal är väl förtrogen med utrustningen. Det är också av största vikt att personalen vid en insats har god kännedom om och kan hantera utrustningen. Vid insatser är det också av stor vikt att radioapparater och dess tillbehör kan samutnyttjas eller omfördelas. Personalen tjänstgör ofta på olika enheter. Om olika radioapparater används på olika enheter ökar risken för personalens säkerhet och den operativa förmågan minskar.
- 4 Fyra av de fem tillfrågade leverantörerna hade den 24 mars 2011 kommit in med offerter och prisuppgifter för 45 enheter av Motorola GP340Ex Blue med tillbehör. Furuno lämnade tre alternativa offerter med priser som uppgick till 384 000 kronor, 388 000 kronor respektive 395 000 kronor. Den 24 mars 2011 antogs offerten från Furuno som uppgick till 395 000 kronor, och orsaken uppgavs vara att denna hade lägst pris, se bilaga 3.
- 5 Enligt en rekvisition från Kustbevakningen den 12 april 2011 beställdes kommunikationsradioenheterna med tillbehör av Furuno till ett pris av 395 000 kronor, se bilaga 4. Tre fakturor från Furuno den 31 maj 2011 finns och uppgår till ett totalt värde om 395 510 kronor, se bilaga 5.
- 6 Avtalets värde överstiger följaktligen direktupphandlingsgränsen (cirka 287 000 kronor år 2011) men understiger det aktuella tröskelvärdet (cirka 1,2 miljoner kronor). Upphandlingen skulle därför rätteligen ha handlagts enligt

15 kap. LOU och annonserats i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Om ett förenklat förfarande hade använts hade annonsering därutöver fått ske även i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Avtalet har inte föregåtts av något av de i 15 kap. LOU angivna tillvägagångssätten för annonsering.

Avtalet mellan Kustbevakningen och Furuno är en otillåten direktupphandling

- 7 Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska få lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Avtal får ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall.
- 8 Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.
- 9 Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämelsen får tillämpas.¹
- 10 I 15 kap. LOU finns ingen särreglering jämfört med lagens direktivstyrda delar i fråga om restriktivitet och bevisbördans placering när undantag från annonseringsskyldigheten åberopas. Den svenska lagstiftaren har istället uttryckt att den upphandlande myndigheten har bevisbördan också för att direktupphandling med stöd av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LOU får genomföras.² I RÅ 2009 not 134 har Högsta förvaltningsdomstolen följaktligen också slagit fast att den upphandlande myndigheten vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU har bevisbördan för att undantag från annonseringsskyldigheten föreligger.
- 11 Det är följaktligen Kustbevakningen som har att styrka att avtalet med Furuno fick ingås genom direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

¹ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

² Prop. 2001/02:142 s. 99.

Den aktuella överträdelsen

- 12 Kustbevakningen har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att Motorola – inte Furuno – är leverantör av den utrustning som Kustbevakningen köpte av Furuno. Kustbevakningen har vidare gjort gällande att det som ska upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av Motorola (4 kap. 5 § första stycket 2 LOU) samt att ett byte av leverantör skulle medföra att Kustbevakningen tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade och leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll (4 kap. 7 § första stycket 2 LOU).
- 13 Konkurrensverket noterar inledningsvis att det är mycket tveksamt om Kustbevakningens beslut att avgränsa sitt urval vid inköp av kommunikationsradioutrustning till en vara av ett specifikt varumärke är förenligt med LOU och principerna om likabehandling och icke-diskriminering.
- 14 Även om Kustbevakningens val att begränsa sig till den valda produkten skulle ha varit godtagbart, saknades förutsättningar för att ingå avtal med Furuno genom en direktupphandling.

Tekniska skäl

- 15 Konkurrensverket konstaterar att undantaget för tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU får användas om det *endast finns en leverantör* som kan leverera det som ska upphandlas. När det finns flera återförsäljare av den vara som ska upphandlas, finns det flera leverantörer. Vid sådana förhållanden är det inte möjligt att hänvisa till att det endast finns en leverantör som kan tillhandahålla det som ska upphandlas. Kustbevakningen har köpt kommunikationsradioutrustningen från Furuno, som är en återförsäljare. Furuno har lämnat offert och levererat varorna. Kustbevakningen har beställt varorna av Furuno och erlagt betalning till Furuno. Det har inte framkommit att det skulle finnas ett avtal mellan Kustbevakningen och Motorola om köp av varorna. Det är således Furuno som är leverantör vid detta inköp, inte Motorola.
- 16 Att det finns flera leverantörer i återförsäljarledet av den vara som Kustbevakningen har köpt bekräftas också av Kustbevakningens egen förfrågan samt av det faktum att fyra leverantörer kom in med offerter avseende den aktuella kommunikationsradioutrustningen från Motorola. Därutöver torde det finnas ytterligare återförsäljare som säljer de aktuella varorna. Kustbevakningen har inte heller gjort gällande att det endast skulle finnas en återförsäljare av varorna.
- 17 Eftersom det fanns fler än en leverantör av varorna fick Kustbevakningen inte direktupphandla dessa med hänvisning till undantaget för tekniska skäl i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU.

Kompletterande varuleveranser

- 18 Undantaget för kompletterande varuleveranser enligt 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU får användas om ett *byte till en annan leverantör än den ursprungliga* skulle leda till vissa specifika svårigheter. Kustbevakningen har under Konkurrensverkets utredning inte gjort gällande att Furuno var den ursprungliga leverantören av den aktuella utrustningen, och det har inte heller på annat sätt framkommit att så var fallet. Redan av detta skäl saknades rätt att direktupphandla utrustningen med hänvisning till den aktuella bestämmelsen.
- 19 Inte heller har det framkommit någon omständighet som ens indikerar att ett byte av leverantör, det vill säga ett byte av återförsäljare av den aktuella utrustningen, skulle medföra några tekniska svårigheter för Kustbevakningen. Istället har Kustbevakningen inför köpet av utrustningen valt mellan flera olika leverantörer, utifrån vilket pris som offererats. Ett byte av leverantör har således inte kunnat orsaka sådana svårigheter som avses i 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU.
- 20 Sammanfattningsvis har Kustbevakningen således köpt den aktuella utrustningen av Furuno genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

- 21 Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU efter ansökan av tillsynsmyndigheten besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.
- 22 Reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU trädde i kraft den 15 juli 2010 och ska, när det är fråga om otillåtna direktupphandlingar, tillämpas på avtal som ingåtts efter ikraftträdandet. En ansökan om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ska, när ingen överprövning av avtalets giltighet har skett, enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

- 23 En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

- 24 Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelserna kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.³
- 25 Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.⁴ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelserna som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.⁵ I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.⁶
- 26 Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.⁷ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den högre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet kunna bestämmas till mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde.
- 27 Förhållanden hos den upphandlande myndigheten kan under vissa förutsättningar tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Ett upprepat beteende att företa otillåtna direktupphandlingar är en försvårande omstän-

³ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

⁴ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

⁵ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 183.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

dighet.⁸ Konkurrensverket har i ett tillsynsbeslut den 17 mars 2011 konstaterat liknande brister som den nu förevarande i Kustbevakningens tidigare upphandlingar (se bilaga 6). Trots detta har Kustbevakningen kort därefter genomfört den nu aktuella otillåtna direktupphandlingen. Detta utgör en försvårande omständighet som höjer sanktionsvärdet.

- 28 Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i detta fall anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 35 000 kronor, som motsvarar knappt nio procent av avtalets värde, är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Daniel Johansson

Skriftlig bevisning som åberopas

- Bilaga 1: Offertförfrågan den 22 mars 2011
- Bilaga 2: Motivering till direktupphandling den 24 mars 2011
- Bilaga 3: Stödblankett för dokumentation vid direktupphandling den 24 mars 2011
- Bilaga 4: Rekvisition den 12 april 2011
- Bilaga 5: Sammanställning av fakturor hos Kustbevakningen
- Bilaga 6: Konkurrensverkets tillsynsbeslut den 17 mars 2011 i ärende dnr 146/2010

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 198