

Förvaltningsrätten i Luleå  
Box 849  
971 26 Luleå

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Luleå kommun, 971 85 Luleå

### **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 Luleå kommun (Kommunen) att betala 100 000 (etthundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

- 1 Kommunen har brutit mot LOU genom att den 6 november 2010 ingå ett avtal med Infotool Data AB (Infotool) avseende köp av varor och tjänster utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU. Ingåendet av avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Kommunen ska därför åläggas att betala upphandlingskadeavgift i enlighet med 17 kap. 1 § 3. LOU.

## Omständigheter

### Upphandlande myndighet

- 2 Kommunen är enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU en upphandlande myndighet och har därmed skyldighet att följa det upphandlingsrättsliga regelverket vid upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader.

### Kommunens tidigare affärsförbindelser med Infotool

- 3 Kommunen har tidigare genom avtal av den 16 juni 2006, bilaga 1, köpt licenser till programvara för datorer från Infotool. Avtalstiden löpte under perioden 1 januari 2006 till och med den 31 december 2010. Avtalet av den 16 juni 2006 reglerade inte Kommunens köp av varor eller tjänster efter den 31 december 2010 och innehöll heller inte några möjligheter till förlängning av avtalstiden efter detta datum. Kommunens eventuella inköp från Infotool från och med den 1 januari 2011 och framåt förutsätter således ingående av nytt avtal.

### Avtalet

- 4 I syfte att reglera köp efter den 31 december 2010 ingick Kommunen och Infotool ett nytt avtal den 6 november 2010 (Avtalet), bilaga 2. Avtalet trädde i kraft den 1 januari 2011 och avser tiden fram till och med den 31 december 2012. Därutöver innehåller Avtalet en förlängningsklausul enligt vilken Kommunen har möjlighet att förlänga avtalstiden med ytterligare två år.
- 5 Avtalet omfattar köp av licenser samt möjligheter för Kommunen att avropa konsultarbete i form av "närliggande utvecklingstjänster" från Infotool. Därutöver har Kommunen rätt att nyttja optioner avseende köp av utbildning för Kommunens personal respektive ytterligare licenser för datorprogram.
- 6 Mot bakgrund av avsaknaden av möjligheter till förlängning av tidigare ingånget avtal av den 16 juni 2006 konstateras att ett nytt rättsförhållande uppstod mellan parterna genom Avtalets ingående den 6 november 2010.

### **Avtalets värde**

- 7 Av 17 kap. 4 § andra stycket LOU framgår att, i mål om upphandlings-skadeavgift, beräkningen av värdet av ett upphandlingskontrakt ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU. Detta gäller vid upphandlingar vars värde understiger aktuellt tröskelvärde och som därmed inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Tröskelvärdet för kommuner uppgår för närvarande till 1 919 771 kr (se Tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling).
- 8 Av 15 kap. 3 a § LOU följer att ett upphandlingskontrakts värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet samt att eventuella options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjas.
- 9 Avtalets årliga värde uppgår till 258 460 kr. Med beaktande av aktuell förlängningsklausul om totalt två år ska en sammanlagd kontraktstid om fyra år beaktas vid fastställande av kontraktsvärdet. Utöver årliga avgifter ska Kommunen betala engångskostnader om totalt 160 000 kr avseende licens och installation av programvaran "The Diver Solution från Dimensional Insight Inc".<sup>1</sup>
- 10 Enligt vad Kommunen har uppgett till Konkurrensverket har "närliggande utvecklingstjänster" avropats till ett värde om 8 700 kr.<sup>2</sup> Det har inte framkommit några skäl för Konkurrensverket att göra någon annan bedömning i fråga om värdet av avropade tjänster, varför Kommunens uppgifter i denna del har lagts till grund för beräkningen av kontraktsvärdet. Slutligen uppgår värdet av samtliga Kommunens optioner i Avtalet ("Utbildning av The Diver Solution", "Kostnad för ytterligare användare" samt "Kostnad för uppgradering") till 86 023 kr.<sup>3</sup>
- 11 Sammanfattningsvis konstateras att Avtalets totala kontraktsvärde i vart fall uppgår till  $(258\,460 \times 4 + 160\,000 + 8\,700 + 86\,023)$  1 288 563 kr.

### **Otillåten direktupphandling**

- 12 Enligt huvudregeln gäller bland annat att upphandlingar ska annonseras. Detta innebär att alla presumtiva leverantörer bereds möjlighet att lämna anbud respektive att ansöka om att få lämna anbud. Upphandlande myndigheter får endast tilldela kontrakt genom direktupphandling under vissa särskilt föreskrivna omständigheter.

---

<sup>1</sup> Se sidan ett i Avtalet.

<sup>2</sup> Se sidan två i Kommunens skrivelse till Konkurrensverket av den 24 augusti 2011.

<sup>3</sup> Se sidan fyra i Avtalet.



- 13 Det finns ingen legaldefinition av begreppet otillåten direktupphandling. I direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet) används dock begreppet otillåten direkttilldelning.<sup>4</sup> I lagens förarbeten anges att avgörande för om otillåten direktupphandling ska anses föreligga är om tilldelning av kontrakt, i strid med bestämmelserna i LOU, skett utan föregående offentliggörande av upphandlingen i fråga. Genomförande av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, trots att villkoren för ett sådant förfarande *inte* har varit uppfyllda, utgör därför en otillåten direktupphandling. Ett sådant agerande aktualiserar bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift.<sup>5</sup>
- 14 Kommunen ska enligt 1 kap. 2 § andra stycket 2. LOU tillämpa 15 kap. LOU vid upphandling som avser kontrakt vars totala värde understiger tillämpligt tröskelvärde. Av detta följer att den aktuella upphandlingen skulle ha annonserats i enlighet med 15 kap 4 § LOU. Så har emellertid inte skett, eftersom Avtalet ingåtts utan sådan föregående annonsering.
- 15 Direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet (cirka 287 000 kr). Direktupphandling får även användas i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda eller om synnerliga skäl föreligger.

#### **Avtalet utgör en otillåten direktupphandling**

- 16 Kommunen har kommenterat Avtalets ingående i dess skrivelse till Konkurrensverket av den 24 augusti 2011, [bilaga 3](#). I skrivelsen anges bland annat att Kommunen uppmärksammade utgången av tidigare ingånget avtal av den 16 juni 2006 med så pass kort framförhållning att det inte fanns tid att genomföra en ny upphandling av efterfrågade varor och tjänster för tiden från och med den 1 januari 2011. Kommunen uppger vidare att man innevarande år inlett en ny ramavtalsupphandling avseende programvara som beräknas vara genomförd under september 2011.
- 17 Enligt Konkurrensverkets uppfattning har Kommunen i detta fall inte haft något giltigt skäl att frånga ett annonserat förfarande vid upphandlingen av de aktuella varorna och tjänsterna. Synnerlig brådska i enlighet med 4 kap. 5 § 3. LOU kan inte anses ha förelegat, detta med hänvisning till att detta undantag bland annat förutsätter att den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse de omständigheter som orsakat sådan tidsnöd varför det

---

<sup>4</sup> Se beaktandesats 13 i Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>5</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 188



varit omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett upphandlingsförfarande med föregående annonsering.

- 18 Det uppmärksammas särskilt att Kommunen har känt till att tidigare ingånget avtal löpte ut den 31 december 2010 samt att sådan kännedom har förelegat alltsedan det tidigare avtalets ingående (16 juni 2006). Därmed hade det stått klart för Kommunen under mer än fyra år att något tillhandahållande av de aktuella varorna och tjänsterna inte skulle ske efter den 31 december 2010. Erforderlig tid att genomföra en korrekt upphandling avseende efterfrågade varor och tjänster för tiden från och med den 1 januari 2011 har därmed stått till förfogande.
- 19 Vidare ger Avtalets rubricering (Tilläggsavtal avseende Analys- och rapportprogram) intryck av att Kommunen i huvudsak har betraktat Avtalet som en förlängning av tidigare ingånget avtal (betitlat Analys- och rapportprogram). Konkurrensverket önskar i denna del särskilt framhålla att otillåten direktupphandling föreligger när en upphandlande myndighet förlänger avtal med befintlig leverantör, trots att option om sådan förlängning inte finns med i det ursprungliga avtalet. Ett sådant agerande innebär att ett nytt avtal slutits, vilket skulle ha föregåtts av ett offentliggörande.<sup>6</sup>
- 20 Konkurrensverket finner inte heller i övrigt att det framkommit några omständigheter som kunnat medföra att Kommunen haft fog för att direkttilldela det aktuella kontraktet.
- 21 Eftersom Kommunen ingått Avtalet utan föreskriven annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU och heller inte haft några skäl för att använda sig av direktupphandling enligt 15 kap. 3 § LOU är den aktuella kontraktstildelningen att anse som en otillåten direktupphandling. Det finns därför skäl för påförande av upphandlingsskadeavgift.
- 22 Konkurrensverket noterar vidare att Avtalet gäller under två år, fram till och med den 31 december 2012, samt att det också ger Kommunen möjlighet till ytterligare två års förlängning av avtalstiden. Denna avtalstid framstår som mycket väl tilltagen med beaktande av att Kommunen, enligt uppgift, under vintern/våren 2011 inlett en ny upphandling av motsvarande varor och tjänster.
- 23 Att ett avtal direkttilldelas till en leverantör trots att föregående annonsering är föreskriven innebär alltid en överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket. Om det direktupphandlade avtalet därtill har en lång avtalstid innebär detta att överträdelsen kan anses få än

---

<sup>6</sup> Se prop 2009/10:180 s. 188.

större skadliga effekter på marknaden, detta eftersom övriga leverantörer stängs ute från möjligheten att konkurrera under en lång tid.

### Upphandlingsskadeavgift

- 24 Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i enlighet med 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU får tillsynsmyndigheten ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3. LOU.
- 25 Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3. LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sådan avgift kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten. Strikt ansvar gäller således.<sup>7</sup>

### Avgiftens storlek

- 26 En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Särskild hänsyn ska tas till överträdelsens grad av allvar vid fastställande av avgiftens storlek. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.<sup>8</sup>

### Överträdelsens sanktionsvärde

- 27 Av förarbetena framgår att upphandlingsskadeavgiften syftar till ett säkerställande av upphandlingsreglernas iakttagande samt korrekt användande av skattemedel.<sup>9</sup> Utgångspunkten är att avgiften ska fastställas till ett belopp som medför att såväl den aktuella myndigheten som andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften uppgå till.<sup>10</sup> I förarbetena erinras om att det föreskrivs i ändringsdirektivet att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.<sup>11</sup>
- 28 Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktsvärde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan

<sup>7</sup> Prop. 2009/10:180 s. 192 ff.

<sup>8</sup> 17 kap. 4 och 5 §§ LOU.

<sup>9</sup> Prop. 2009/10:180 s. 196.

<sup>10</sup> Prop. 2009/10:180 s. 370.

<sup>11</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197.

ha sänkande eller höjande inverkan på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlig och förutsebar beräkning av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vidare är även upphandlingskontraktets värde ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelsen typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.<sup>12</sup> 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. Lagstiftaren har vid upprepade tillfällen framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa avgiftens storlek ska bli i det enskilda fallet.<sup>13</sup>

- 29 Såväl unionsrätten som den svenska lagstiftaren betraktar otillåtna direktupphandlingar som en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Detta bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.<sup>14</sup> En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan. Avgiften bör enligt Konkurrensverkets mening i allmänhet fastställas till belopp motsvarande mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga sju till åtta procent av avtalets värde.
- 30 Med beaktande av det ovan framförda kan det konstateras att Kommunens överträdelse i sig är av allvarligt slag. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i detta fall anser Konkurrensverket att dessa vare sig är av förmildrande eller försvårande karaktär.
- 31 Den typ av överträdelse som är aktuell i detta fall är en av de vanligaste formerna av otillåtna direktupphandlingar. Konkurrensverket har i sin roll som tillsynsmyndighet erfarit att det ofta förekommer att upphandlande myndigheter, när ett pågående avtal är på väg att löpa ut, inte genomför en ny upphandling utan i stället väljer att förlänga avtalet med den befintliga leverantören, detta trots att förlängningsmöjligheter saknas i det ursprungliga avtalet. Starka allmänpreventiva skäl talar därför för att avgiften sätts till ett relativt betydande belopp i förhållande till upphandlingens storlek, detta kan förväntas bidra till att andra upphandlande myndigheter avhåller sig från liknande överträdelser. Detta synsätt ligger också i linje med ändringsdirektivets föreskrifter att sanktionerna ska vara effektiva och avskräckande.

<sup>12</sup> Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

<sup>13</sup> Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:juU53. Jfr även prop. 2009/10:180 s. 183.

<sup>14</sup> Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.



- 32 Avtalets värde har beräknats till 1 288 563 kr (se punkterna 7-11 i denna ansökan). En upphandlingsskadeavgift om 100 000 kr utgör cirka 7,7 procent av kontraktsvärdet och är enligt Konkurrensverkets uppfattning en sanktion som står i rimlig proportion till den aktuella överträdelsen. Beloppet är även att anse som väl avvägt med hänsyn till allmänpreventionen.

## Skriftlig bevisning som åberopas

Bilaga 1: Analys- och rapportprogram, Infotool licens- och rapportavtal, ingånget den 16 juni 2006

Bilaga 2: Tilläggsavtal avseende Analys- och rapportprogram, ingånget den 6 november 2010

Bilaga 3: Luleå kommuns skrivelse till Konkurrensverket, daterad den 24 augusti 2011

Per Karlsson

Magnus Ehn