

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Timrå kommun, 861 82 Timrå

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Timrå kommun ska betala 60 000 (sextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Timrå kommun har brutit mot LOU genom att den 23 december 2014 ingå avtal om köp av begagnade datorer med Infoteca ICT AB (Infoteca) utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU. Eftersom det saknades förutsättningar för ett icke annonserat förfarande utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket har uppmärksammat att kommunen under år 2014 vid upprepade tillfällen anskaffat bland annat begagnade datorer utan att först konkurrensutsätta inköpen genom annonsering.
3. Kommunen har uppgett att man vid sina inköp lämnat offertförfrågningar till minst tre leverantörer, varpå man köpt utrustning från den leverantör som lämnat det bästa priset. Av kommunens uppgifter framgår att man under år 2014 anskaffade begagnade datorer till ett sammanlagt värde om 868 473 kronor. Inköpen är fördelade på fem olika tillfällen, varav det senaste gjordes den 23 december 2014, se bilaga 1 och 2.¹ Inget av dessa köp har föregåtts av någon annonsering.
4. Kommunen har vidare uppgett att man vid dessa inköpstillfällen inte hade kännedom om att begagnad IT-materiel omfattades av annonseringsreglerna i LOU samt att det var svårt att göra en upphandling av begagnade datorer. Den förvaltning som genomförde inköpen har nu fått utbildning och förbereder en upphandling av ramavtal för begagnade datorer.

Avtalet mellan kommunen och Infoteca den 23 december 2014

5. Den 22 december 2014 skickade kommunen via e-post en offertförfrågan till tre företag, bland annat Infoteca, angående begagnade datorer. Infoteca inkom med svar samma dag. Kommunen har uppgett att avtal därefter ingicks den 23 december 2014, vilket är den dag som i fakturan från Infoteca anges vara leverans- och fakturadatum, se bilaga 3. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har avtalet således ingåtts den 23 december 2014. Vid tillfället inköpte kommunen 40 stycken datorer till ett styckepris om 2 050 kronor.
6. Det är detta avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

¹ De fem inköp som är relevanta i målet har av Konkurrensverket markerats med "x" i bilagorna.

Beräkning av avtalets värde

7. Beräkningen av kontraktsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU när det är fråga om upphandlingar som understiger det så kallade tröskelvärdet.²
8. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § första stycket LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandlande myndighet får inte dela upp anskaffningar i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vidare ska den upphandlande myndigheten enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU vid beräkningen av kontraktets värde även beakta *samtliga* direktupphandlingar *av samma slag* gjorda under räkenskapsåret. En upphandlande myndighet måste därför ha kontroll över vilka upphandlingar av samma slag som genomförs inom myndigheten, eftersom det samlade värdet av dessa ska läggas till grund för beräkningen av ett visst avtals värde.³
9. Av 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU följer således att det aktuella avtalets värde ska baseras på det sammanlagda värdet av de direktupphandlingar av samma slag som gjorts tidigare under räkenskapsåret.
10. Timrå kommun har som ovan angetts vid fem tillfällen under år 2014 anskaffat datorer. Samtliga dessa avtal har ingåtts utan föregående annonsering. Eftersom inköpsföremålet vid vart och ett av dessa tillfällen varit det samma, dvs. begagnade datorer, anser Konkurrensverket att anskaffningarna utgör direktupphandlingar av samma slag.
11. Kommunens avtal med Infoteca den 23 december 2014 uppgick till ett värde om 82 000 kronor exklusive mervärdesskatt (40 datorer á 2 050 kr). Vid beräkningen av avtalsvärdet ska även alla tidigare inköp av samma slag under räkenskapsåret ingå vid beräkningen av avtalets kontraktsvärde.⁴ Det totala värdet av dessa tidigare under 2014 ingångna avtal uppgår till 786 473 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 1 och 2.⁵
12. Avtalets kontraktsvärde utifrån beräkningsreglerna i LOU ska därför efter sammanräkning (82 000 + 786 473) bestämmas till 868 473 kronor. Det är detta

² Se 17 kap. 4 § andra stycket LOU. Det aktuella tröskelvärdet uppgick vid tidpunkten till 1 806 427 kronor.

³ Prop. 2009/10:180 s. 293.

⁴ Jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13.

⁵ Dessa tidigare inköpstillfällen har kommunen angett till den 1 augusti 2014, den 23 oktober 2014, den 28 november 2014 samt den 22 december 2014. Det bör tilläggas att den av Konkurrensverket framräknade summan är något lägre än vad som framgår av bilagorna eftersom fraktkostnad utelutits.

belopp som Konkurrensverket lägger till grund för sin beräkning av yrkad upphandlingskadeavgift.⁶

Avtalet mellan kommunen och Infoteca utgör en otillåten direktupphandling

13. Kontraktets värde överstiger den så kallade direktupphandlingsgränsen, som uppgår till 505 800 kr, men understiger gällande tröskelvärde. Avtalet omfattas därför av annonseringsreglerna i 15 kap. LOU.
14. Enligt huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU ska upphandlande myndigheter begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Ett annonserat förfarande är en förutsättning för att alla potentiella leverantörer ska kunna konkurrera om offentliga kontrakt. Det är också genom ett annonserat förfarande som upphandlande myndigheter kan säkerställa att principerna om likabehandling, ickediskriminering och transparens i 1 kap. 9 § LOU iakttas.
15. En upphandlande myndighet får bara ingå avtal utan föregående annonsering när något av de särskilt angivna undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU är tillämpliga eller om det finns synnerliga skäl. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁷
16. Att det har varit fråga om begagnade datorer påverkar inte i sig skyldigheten att annonsera enligt LOU. Kommunen har vidare på uttrycklig fråga angett att förutsättningarna inte varit sådana som anges i 4 kap. 7 § första stycket fjärde punkten LOU, dvs. att det varit möjligt att anskaffa varorna på särskilt förmånliga villkor, se bilaga 2.
17. Av utredningen framgår inte heller att det funnits något annat tillämpligt undantag från annonseringsplikten för kommunens inköp. Konkurrensverket anser därför att det avtal som ingicks med Infoteca den 23 december 2014 utgjorde en otillåten direktupphandling.

⁶ En konsekvens av att beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU är således att även avtal som i sig har slutits mer än ett år innan Konkurrensverkets ansökan ingår i underlaget för beräkningen av avgiftens storlek.

⁷ 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.

Upphandlingsskadeavgift

18. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). 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

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

19. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU). Som framgår ovan, se punkt 5, ingicks det avtal som är föremål för ansökan den 23 december 2014.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

20. 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 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 868 473 kronor (se punkt 11-12 ovan). Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas inom intervallet 10 000 – 86 847 kronor ($868\,473 \times 0,1$).
21. 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.¹⁰
22. 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 (17 kap. 5 § LOU).
23. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter 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. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹

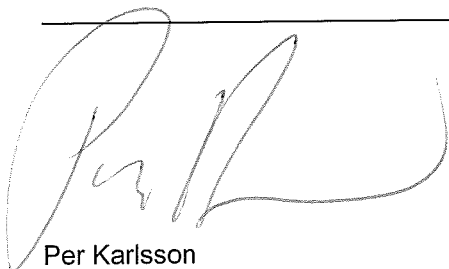
⁸ Prop. 2009/10:180 s. 193 och s. 368.

⁹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 196–197.

¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 369–370.

24. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet kan därför ofta anses vara högt.¹² Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. 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. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹³
25. Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan rättsläget i detta fall inte anses som oklart. Att kommunen inför sina inköp begärt in offerter från olika leverantörer utgör inte en omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i sänkande riktning. Även om en viss grad av informell konkurrensutsättning därmed kan anses ha skett kan detta inte ersätta annonserade förfaranden enligt LOU. Att kommunen på egen hand valt ut några leverantörer för offertförfrågan påverkar nämligen inte det faktum att det finns ett antal andra potentiella leverantörer som diskriminerats, genom att inte ha fått tillfälle att lämna anbud. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är kommunens överträdelse av normalgraden.
26. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 60 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Magnus Ehn

¹² Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 4402-14 och 4915-13.

¹³ Se prop. 2009/10:180 s. 197–198 och s. 369–370.

Bilagor

1. Kommunens svar till Konkurrensverket, inkommet den 7 maj 2015
2. Kommunens svar till Konkurrensverket, inkommet den 29 maj 2015
3. Faktura från Infoteca, daterad den 23 december 2014