

Förvaltningsrätten i Umeå
Box 193
901 05 Umeå

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Skellefteå kommun, 931 85 Skellefteå

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 beslutar att Skellefteå kommun ska betala 140 000 (etthundrafyrtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Skellefteå kommun har ingått avtal med Umeå kommun den 28 april 2014, eller strax därefter, om samverkan i en gemensam nämnd avseende grundläggande IT -kapacitetstjänster. Avtalet medför att Skellefteå kommun anskaffar tjänster av Umeå kommun mot ersättning och omfattas av LOU:s tillämpningsområde. Anskaffningen har inte föregåtts av annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Sammanfattning

2. Aktuell ansökan avser ett samverkansavtal mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun om bildandet av en gemensam nämnd, [bilaga 1](#).
3. Skellefteå kommun har, i samband med bildandet av den gemensamma nämnden, och närmare bestämt genom samverkansavtalet, mot ersättning anskaffat specifika IT-tjänster av Umeå kommun avseende bland annat datalagring på distans. Anskaffningen tillgodoser moderniseringsbehovet av Skellefteå kommuns IT-infrastruktur.
4. Skellefteå kommuns anskaffning skulle som huvudregel ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU. Så har emellertid inte skett.
5. Några omständigheter som kan utgöra skäl för att sluta avtal utan föregående annonsering enligt LOU har inte förelegat.
6. Det finns möjligheter till kommunal samverkan på ett sätt som är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Skellefteå kommun borde således, tillsammans med Umeå kommun, ha beaktat LOU vid planeringen och genomförandet av aktuell samverkan. Det sätt på vilket kommunerna har genomfört sin samverkan i detta fall medför dock att privata leverantörer har gynnats i förhållande till sina konkurrenter och att Skellefteå kommun har gjort en *otillåten direktupphandling*.
7. Enligt de båda kommunernas uppskattningar kommer bildandet av den gemensamma nämnden och samverkansavtalet att innebära att kommunerna gör besparingar. Att kommuner samverkar på ett sådant sätt att skattepengar används på ett effektivt sätt är enligt Konkurrensverket lovvärt. Konkurrensverket konstaterar dock samtidigt att det på goda grunder som huvudregel kan antas att en samverkan mellan upphandlande myndigheter som sker i förenlighet med LOU, och där nödvändiga konkurrensutsättningar genomförs, ger ett ännu mer fördelaktigt ekonomiskt utfall för berörda upphandlande myndigheter än en samverkan som genomförs i strid med upphandlingslagstiftningen.

Omständigheter

Samverkan om IT-tjänster i gemensam nämnd

8. Skellefteå kommun och Umeå kommun har i april 2014 kommit överens om att samarbeta på IT-området genom att bilda en nämnd, kallad *Nämnden för grundläggande IT-kapacitetstjänster*. Nämnden är en sådan gemensam nämnd som avses i 3 kap. 3 a–3 c §§ kommunallagen (1991:900) (KL).
9. Av nyss nämnda bestämmelser framgår att kommuner kan samverka genom att bilda en *gemensam nämnd* och att en sådan nämnd får fullgöra uppgifter både enligt särskilda föreskrifter och inom ramen för verksamheten i övrigt (3 kap. 3 a § första stycket KL). En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna och ingår i denna kommuns organisation (3 kap. 3 a § tredje stycket KL). Liksom för andra nämnder ska det för en gemensam nämnd finnas ett reglemente med närmare föreskrifter om nämndens verksamhet och arbetsformer (6 kap. 32 § KL). En gemensam nämnds behörighet och befogenhet ska dessutom närmare preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna (3 kap. 3 c § KL). Exempel på sådant som bör regleras i överenskommelsen är syftet med och omfattningen av samverkan, verksamhetens finansiering, prestationskrav på verksamheten samt administrativa frågor. Överenskommelsen kan lämpligen utformas som ett avtal om samverkan.¹
10. Skellefteå kommuns och Umeå kommuns överenskommelse om den gemensamma nämnden godkändes av de båda kommunernas respektive fullmäktige, den 15 april 2014 av Skellefteå kommun och den 28 april 2014 av Umeå kommun, se bilagorna 2-3. Protokollen har justerats och besluten har vunnit laga kraft. Av fullmäktigebesluten framgår att besluten tas under förutsättning att den andra kommunen fattar motsvarande beslut.
11. Vid bildandet av nämnden har Skellefteå kommun och Umeå kommun antagit ett sådant reglemente som avses i 6 kap. 32 § KL, se bilaga 4. Kommunerna har också och slutit ett sådant *samverkansavtal* som avses i 3 kap. 3 c § KL, se bilaga 1. Det är detta samverkansavtal som är föremål för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.
12. Samverkansavtalet reglerar bl.a. nämndens och kommunernas åtaganden, äganderätten till den fysiska infrastrukturen samt fördelningen av kostnaderna mellan kommunerna.
13. Enligt samverkansavtalet har den gemensamma nämnden ansvar för lagring, virtualisering och backup för de båda kommunernas IT-verksamhet till mellan kommunerna överenskommen nivå. Umeå kommun är värdkommun

¹ Se prop. 1996/97:105, s. 40 ff., s. 53 och s. 98.

för den gemensamma nämnden och nämnden ingår således i Umeå kommuns organisation. Umeå kommun upphandlar och handhar den infrastruktur som används av nämnden, samt har ansvar för beredning av ärenden och verkställighet av nämndens beslut. Umeå kommun ska fastställa budgeten för den gemensamma nämnden efter samråd med Skellefteå kommun. Kostnadsfördelningen mellan de deltagande kommunerna sker enligt en procentuell beräkning utifrån nyttjande av den gemensamma IT-infrastrukturen.

Samverkansavtalet föregicks av ett specifikt behov hos Skellefteå kommun och en möjlighet att tillgodose detta behov genom Umeå kommuns kapacitet

14. Enligt de båda kommunernas uppskattningar kommer inrättandet av den gemensamma nämnden och samverkansavtalet innebära att kommunerna gör besparingar. Detta beror delvis på att man räknar med att dela på grundinvesteringar och operativa kostnader, såsom el och kyla etc. Enligt Skellefteå kommuns beslutsunderlag förväntas kostnaden för investering och drift av IT-infrastrukturen bli runt 20 procent lägre genom en samverkan med Umeå kommun, jämfört med en fortsättning i egen regi. Även Umeå kommuns kostnader förväntas minska med 20 procent med anledning av aktuell samverkan.
15. För Skellefteå kommuns del har samverkansavtalet och bildandet av den gemensamma nämnden dessutom inneburit att Skellefteå kommun har beretts tillgång till Umeå kommuns IT-kapacitet inklusive Umeå kommuns befintliga ramavtal med privata leverantörer, (se nedan punkterna 20-29).
16. Diskussionerna mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun om att samverka beträffande IT-tjänster initierades av Skellefteå kommun.
17. Skellefteå kommuns behov av bland annat datalagring hade tidigare tillgodosetts genom avtal med privata leverantörer. Skellefteå kommun stod nu inför behovet av att modernisera sin IT-infrastruktur, antingen genom att investera i en helt ny miljö i egen regi eller genom att samverka och på så sätt undvika för stora egna investeringar och kostnader. Skellefteå kommun ställde, mot denna bakgrund, en förfrågan till Umeå kommun om att "dela driftmiljö".
18. Anledningen till att Skellefteå kommun vände sig till Umeå kommun var att Umeå kommun har ett eget utbyggt IT-center med viss överkapacitet avseende bland annat datalagring. Detta framgår av den tjänsteskrivelse som låg till grund för Skellefteå kommuns beslut om att samverka med Umeå kommun, samt av Umeå kommunfullmäktiges beslut om aktuell samverkan.
19. Umeå kommuns IT-funktion gjorde bedömningen att Skellefteå kommuns förfrågan skulle kunna genomföras med begränsade insatser. Den

överkapacitet som Umeå kommun hade gjorde det möjligt för Umeå kommun att tillgodose Skellefteå kommuns behov av IT-tjänster utan stora nyinvesteringar.

Umeå kommun har avropat från befintliga ramavtal för att tillgodose Skellefteå kommuns behov

20. Av det ovan anförda följer att en viktig anledning till att Skellefteå kommun ingick samverkansavtalet med Umeå kommun var att Umeå kommun hade en överkapacitet avseende bland annat datalagring och att Skellefteå kommun hade ett behov av att anskaffa sådan kapacitet. Relevanta delar av Umeå kommuns överkapacitet består av ramavtal med privata leverantörer som har upphandlats av Umeå kommun innan den gemensamma nämnden bildades eller ens var aktuell.
21. Umeå kommun har gjort avrop från befintliga ramavtal för att tillgodose den gemensamma nämndens behov. Delar av avropen avser enbart Skellefteå kommuns behov. Avtalen har ingåtts genom avrop från Umeå kommuns upphandlade ramavtal *Server och lagring 12054*.

Umeå kommuns ramavtal Server och lagring 12054

22. Ramavtalet, *Server och lagring 12054*, som omfattar leverans av produkter för server och lagring till kommunens interna serveranläggning, upphandlades av Umeå kommun i egenskap av inköpscentral under år 2012.
23. Av förfrågningsunderlaget framgår att avropsberättigade på ramavtalet är Bjurholms, Nordmalings, Robertsfors, Vindelns, Umeås och Vännäs kommuner. Även Umeå Hamn AB, Umeå Vatten och Avfall AB, Bostaden i Umeå AB, Umeå Parkerings AB, Umeå Energi AB och Nolia AB samt Regionförbundet i Västerbotten ingår i kretsen avropsberättigade, se bilaga 5.
24. Annons om upphandlingen publicerades den 31 maj 2012 och anbudstiden gick ut den 28 augusti 2012. Tilldelningsbeslut meddelades den 26 september 2012 och ramavtal tecknades herefter med leverantörerna Atea Sverige AB (Atea), 5 High Innovations AB (5 High) och Savecore AB (Savecore).
25. Ramavtalen med Atea, 5 High och Savecore löpte med en ursprunglig avtalstid från och med den 1 november 2012 till den 31 oktober 2014, med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader, se bilagorna 6-8. Förlängningsmöjligheten utnyttjades av Umeå kommun i juni 2014, då avtalen förlängdes till den 31 oktober 2016, se bilagorna 9-11.

Avrop från Atea och 5 High

26. Umeå kommun har således, för att kunna uppfylla sina skyldigheter enligt samverkansavtalet, och närmare bestämt enbart för att tillgodose Skellefteå kommuns behov, avropat från ramavtalet *Server och lagring 12054* och ingått

avtal med Atea avseende servrar samt med 5 High avseende lagringskapacitet. Avropet avseende servrar från Atea har skett den 4 mars 2014 och avropet avseende lagringskapacitet från 5 High har gjorts den 19 september 2014.

27. Avropet från Atea den 4 mars 2014 benämns "Utökning av servrar". Detta avrop resulterade i ett avtal med Atea och avser sex stycken X6 servrar med tillhörande driftsunderhåll till en kostnad om 1 935 000 kronor. Avropet avseende servrar från Atea har fakturerats den 28 mars 2014 och den 29 april 2014, se bilaga 12-13. Beställningen gjordes således innan den gemensamma nämnden bildades.
28. Avtalet med 5 High har ingåtts vid Umeå kommuns avrop från den 19 september 2014. Avropet avser hårdvara för kapacitetslagring om cirka 80 terrabyte data samt backuplösningar till detta. Avropet benämns "Utökning av datalagring 80TB replikerad lagring" och har ett uppgivet värde om 1 985 000 kronor. Avropet av lagringskapacitet från 5 High har fakturerats den 29 september 2014, se bilaga 14.
29. I sammanhanget kan nämnas att Konkurrensverkets utredning även har omfattat Umeå kommuns ageranden vid ovan nämnda avrop. Utredningen i denna del har hittills lett till att Umeå kommun har beretts möjlighet att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Samverkansavtalet medför att Skellefteå kommun anskaffar en tjänst av Umeå kommun

30. Samverkansavtalet är att betrakta som ett sådant avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet (Skellefteå kommun) och en leverantör (Umeå kommun) avseende tillhandahållandet av en tjänst, (IT-kapacitet) som omfattas av LOU, (se nedan punkterna 31-34).
31. Enligt samverkansavtalet har den gemensamma nämnden ansvar för lagring, virtualisering och backup för de båda kommunernas IT-verksamhet och Umeå kommun är värdkommun för den gemensamma nämnden.
32. Enligt Konkurrensverkets bedömning medför samverkansavtalet att Umeå kommun åtar sig att utföra en specifik tjänst för Skellefteå kommun. Tjänsten består i att Umeå kommun åtar sig att tillgodose Skellefteå kommuns behov av IT-tjänster, (se även ovan punkterna 14-19).
33. Att samverkansavtalet har ekonomiska villkor framgår i avtalets reglering av kostnadsfördelning mellan kommunerna. De ekonomiska villkoren avser den motprestation som Umeå kommun, efter inrättandet av nämnden, erbjuds av Skellefteå kommun med anledning av utförandet. Motprestationen innebär att Skellefteå kommun åtar sig att ersätta Umeå kommun för de delar av den

gemensamma nämndens kostnader som hänför sig till Skellefteå kommuns nyttjande av IT-kapaciteten. Av samverkansavtalet framgår i denna del att Umeå kommun ska fastställa budgeten för den gemensamma nämnden efter samråd med Skellefteå kommun. Kostnadsfördelningen sker enligt en procentuell beräkning utifrån nyttjande av den gemensamma IT-infrastrukturen. Konkurrensverket gör bedömningen att samverkansavtalets reglering av kostnaderna för den gemensamma nämnden innebär att Skellefteå kommun åtar sig att betala Umeå kommun för utförande av den aktuella tjänsten.

34. Av det ovan anförda följer att Skellefteå kommun, genom *samverkansavtalet*, har anskaffat en *tjänst* av Umeå kommun i form av datalagring m.m. mot *ersättning*. Tjänsten tillgodoser moderniseringsbehovet av Skellefteå kommuns IT-infrastruktur. Samverkansavtalet utgör mot denna bakgrund som utgångspunkt en sådan anskaffning som omfattas av LOU.

Samverkansavtalet är en otillåten direktupphandling

Interna köp enligt 2 kap. 10 a § LOU

35. Av 2 kap. 10 a § LOU följer bland annat att avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller en gemensam nämnd inte anses utgöra kontrakt i LOU:s mening. Detta gäller under förutsättning att den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning (det s.k. kontrollkriteriet). Dessutom krävs att den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet med den eller de myndigheter som kontrollerar den (det s.k. verksamhetskriteriet).
36. Skellefteå kommun har, under Konkurrensverkets utredning, bland annat anfört att samverkansavtalet, med stöd av 2 kap. 10 a § LOU, inte kan anses utgöra ett sådant kontrakt som omfattas av upphandlingsplikt. Kommunen anser att 2 kap. 10 a § LOU ska tolkas på så sätt att vad som anges beträffande avtal mellan en "upphandlande myndighet" och en "gemensam nämnd" i realiteten avser avtal mellan en anslutande kommun och en värdkommun. Skellefteå kommun menar att konsekvensen av en annan tolkning av 2 kap. 10 a § LOU blir att bestämmelsen blir omöjlig att tillämpa, eftersom en gemensam nämnd inte är en egen juridisk person utan, enligt 3 kap. 3 a § KL, ingår i värdkommunens juridiska person. Skellefteå kommun anför vidare att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda i förhållande till den gemensamma nämnden.
37. Konkurrensverket vill mot denna bakgrund anförda att Skellefteå kommun har ingått samverkansavtalet med Umeå kommun och inte med den gemensamma nämnden.

38. Samverkansavtalet är ett sådant avtal mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun som avses i 3 kap. 3 c § KL. Avtalet avser *bildandet* av en gemensam nämnd. Vid tidpunkten för samverkansavtalets ingående har den gemensamma nämnden ännu inte inrättats. Avtalet är därför inte ett avtal mellan en kommun och en gemensam nämnd. Skellefteå kommun kan inte heller anses utöva motsvarande kontroll över Umeå kommun som över sin egen förvaltning.
39. Ett samverkansavtal om bildandet av en gemensam nämnd är vidare inte att likställa eller förväxla med sådana avtal som, efter att nämnden har inrättats, ingås mellan den gemensamma nämnden och de kommuner som har inrättat nämnden. Om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda i förhållandet mellan Skellefteå kommun och den gemensamma nämnden är således inte relevant i detta mål.
40. Av det ovan anförda följer att det avtal som är föremål för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift inte omfattas av 2 kap. 10 a § LOU.

Samverkan mellan upphandlande myndigheter ("Hamburg-samverkan")

EU-domstolens praxis

41. Av EU-domstolens avgöranden i målen C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland (Hamburg)*, C-159/11 *Locale di Lecce* och C-386/11 *Piepenbrock*, följer att avtal med ekonomiska villkor mellan upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar faller utanför tillämpningsområdet för de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling.
42. En sådan samverkan faller utanför tillämpningsområdet om följande kumulativa förutsättningar är uppfyllda.²
- Det ska vara fråga om avtal genom vilka ett samarbete mellan myndigheter inrättas.
 - Samarbetet ska syfta till att säkerställa fullgörandet av ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.
 - Samarbetet ska uteslutande styras av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.
 - Samarbetet ska ske utan inblandning av någon privat part och ingen privat leverantör får ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter.

² Se mål C-480/06 *Kommissionen mot Tyskland (Hamburg)*, punkterna 37, 44 och 47; mål C-159/11 *Locale di Lecce*, punkterna 34-35 samt mål C-386/11 *Piepenbrock*, punkterna 36-38. Jfr även punkterna 64-94 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-159/11.

- e) Avtalet syftar inte till att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

Gäller EU-domstolens praxis i fråga om Hamburg-samverkan utan uttrycklig reglering i LOU?

43. En fråga som uppkommer är om EU-domstolens praxis om samverkan mellan upphandlande myndigheter (Hamburg-samverkan) över huvud taget är tillämplig i Sverige. I rättsfallet RÅ 2008 ref. 26 fann Högsta förvaltningsdomstolen nämligen att EU-domstolens praxis om interna köp (Teckal-kriterierna) inte skulle tillämpas i Sverige, eftersom det inte hade införts något sådant undantag från upphandlingsskyldigheten i LOU. Efter avgörandet har det i LOU införts en uttrycklig bestämmelse om att interna köp inte omfattas av lagens tillämpningsområde när Teckal-kriterierna är uppfyllda (2 kap. 10 a § LOU). Någon motsvarande bestämmelse avseende samverkan mellan upphandlande myndigheter har inte införts i LOU.
44. Enligt Konkurrensverkets bedömning är EU-domstolens praxis om samverkan mellan upphandlande myndigheter tillämplig i svensk rätt, trots att någon uttrycklig bestämmelse om detta inte finns i LOU.
45. En utgångspunkt för Högsta förvaltningsdomstolens slutsats i RÅ 2008 ref. 26 var att Teckal-kriterierna skulle utgöra ett *undantag från upphandlingsskyldighet*. Sådana undantag kräver en uttrycklig reglering för att få användas.³ EU-domstolen har dock i senare domar, efter RÅ 2008 ref. 26, klargjort att när förutsättningarna enligt Teckal- eller Hamburg-praxisen är uppfyllda, är det fråga om situationer som *faller utanför tillämpningsområdet* för de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling.⁴
46. Enligt Konkurrensverket bedömning måste rättspraxis från EU-domstolen där tillämpningsområdet för det upphandlingsrättsliga regelverket definieras och klargörs, anses vara direkt tillämpligt i svensk rätt utan uttryckliga bestämmelser i LOU. Vissa transaktioner kan således falla utanför lagens tillämpningsområde utan ett uttryckligt undantag i lagen.⁵
47. Detta innebär att Högsta förvaltningsdomstolens slutsatser i RÅ 2008 ref. 26 numera bör tolkas med försiktighet och därför inte utsträckas till andra situationer än just Teckal-kriterierna. Avgörandet är även i och med regleringen i 2 kap. 10 a § LOU överspelat. Konkurrensverket gör därmed en

³ Jfr mål C-71/92 *Kommissionen mot Spanien*, punkt 10; mål C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*, punkt 12; mål C-107/98 *Teckal*, punkt 43; mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 24; mål C-340/04 *Carbotermo*, punkt 45; mål C-220/05 *Jean Auroux*, punkt 59 samt mål C-412/04 *Kommissionen mot Italien*, punkt 89.

⁴ Mål C-159/11 *Locale di Lecce*, punkt 31 och mål C-386/11 *Piepenbrock*, punkt 33.

⁵ Konkurrensverket har uttalat sig i denna fråga i punkterna 37-41 i expertyttrande (dnr 175/2014) den 26 mars 2014 till Förvaltningsrätten i Göteborg (mål nr 13215-13).

annan tolkning av räckvidden av RÅ 2008 ref. 26 än vad Kammarrätten i Stockholm har gjort i mål nr 5649–5651-13.

Bedömningen i förevarande mål

48. Med ovanstående utgångspunkter finns det således skäl att pröva om förutsättningarna enligt EU-domstolens praxis om samverkan mellan upphandlande myndigheter är uppfyllda avseende Skellefteå kommuns samverkansavtal med Umeå kommun (se punkt 43 ovan).
49. Konkurrensverket bedömer härvid att privata aktörer ges en fördel gentemot sina konkurrenter genom samarbetet mellan kommunerna (se nedan punkterna 50-56).
50. Umeå kommun har genomfört avrop från sitt ramavtal Server och lagring 12054, som upphandlades under år 2012, för att tillgodose Skellefteå kommuns behov. Avropen har bland annat resulterat i avtal med Atea och 5 High. Umeå kommuns avrop har skett för en gemensam nämnd, som bildades under år 2014. Avtalet med Atea har slutits innan den gemensamma nämnden bildades. Vare sig avtalet med Atea eller med 5 High har varit förenliga med ramavtalet. Att Umeå kommun, såsom värdkommun för nämnden, har möjlighet att upphandla för Skellefteås behov efter nämndens inrättande, innebär inte att Umeå kommun har rätt att tillgodose Skellefteå kommuns behov genom befintliga ramavtal. I situationer när en upphandlande myndighet som inte från början är part i ramavtalet gör ett avrop från ett annonserat ramavtal, eller när en upphandlande myndighet gör ett avrop som avviker väsentligt från förutsättningarna för ramavtalet, har myndigheten, genom avropet, slutit ett nytt avtal som i sig måste föregås av annonsering.⁶ De anskaffningar som Umeå kommun har gjort för Skellefteå kommuns räkning har inte annonserats särskilt. Umeå kommun har istället slutit avtal med de leverantörer som omfattades av den tidigare upphandlingen.
51. Vid tidpunkten för det aktuella ramavtalets annonsering var det inte en förutsättning att även Skellefteå kommuns behov skulle omfattas av ramavtalet. Att låta Skellefteå kommuns behov omfattas av det befintliga ramavtalet innebär en väsentlig avvikelse i förhållande till vad leverantörer kunde förvänta sig utifrån det underlag som presenterades vid upphandlingen av ramavtalet under år 2012, där det vare sig framgår eller kan förutses att Skellefteå kommuns behov skulle omfattas.⁷

⁶ Jfr bland annat Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 maj 2011 i mål 917-918-11 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål 953-09.

⁷ Se 5 kap. 2 § LOU. Jfr även bland andra mål C- 454/06 *Pressetext*, punkterna 35-37, mål C-91/08 *Wall*, punkterna 37-38, mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 99 och mål C-250/07 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 52. Se även generaladvokaten Wathelets förslag till avgörande i mål C-576/10

52. Att den aktuella avvikelserna är väsentliga bör delvis ses i ljuset av det förhållandet att LOU inte tillåter att en ny part tillkommer i ett befintligt ramavtal. Om Skellefteå kommun ges möjlighet att tillgodose sina behov genom Umeå kommuns ramavtal medför det också betydande effekter avseende omfattningen av ramavtalet.
53. Den gemensamma nämnden var, såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning, inte ens påtänkt vid tidpunkten för annonseringen av ramavtalet. Skellefteå kommun är inte heller part i ramavtalet. Skellefteå kommun är en upphandlande myndighet med ett annat geografiskt område än de upphandlande myndigheter som ursprungligen omfattades av ramavtalet. Skellefteå kommun är också en organisation av betydande storlek i förhållande till de avropande myndigheter som omfattas av ramavtalet. Skellefteå kommun har ca 72 000 invånare. Förutom Umeå kommun, med ca 118 000 invånare, är de kommuner, som enligt förfrågningsunderlaget är avropsberättigade från ramavtalet, förhållandevis små. De har mellan ca 2 400 och 8 600 invånare och kan förväntas ha ett IT-behov i proportion till det. De övriga avropsberättigade upphandlande myndigheterna enligt ramavtalet är i huvudsak bolag som ägs av Umeå kommun.
54. De avtal som ingås i syfte att tillgodose Skellefteå kommuns behov får betydande effekt på ramavtalets totala omfattning. De avrop som hittills har genomförts i syfte att tillgodose Skellefteå kommuns behov uppgår enligt uppgifter från Umeå kommun till ett värde om cirka 3 920 000 kronor. Det första avropet "Utökning av servrar" genomfördes den 4 mars 2014 och avser sex X6 servrar med tillhörande driftsunderhåll till en kostnad om 1 935 000 kronor med leverantören Atea. Det andra avropet genomfördes den 19 september 2014 och avser "Utökning av datalagring" 80TB replikerad lagring till en kostnad om 1 985 000 kronor med leverantören 5 High. Detta kan jämföras med att den totala avropsvolymen på det aktuella ramavtalet, som ingicks under 2012, varit 29,2 miljoner kronor under perioden till och med den 3 november 2014.
55. De leverantörer som slutit ramavtal med Umeå kommun i den tidigare offentliga upphandlingen har, mot denna bakgrund, som en direkt följd av att Skellefteå och Umeå samverkar genom den gemensamma nämnden, fått avrop med utökade volymer och för att tillgodose behov av IT-kapacitet för en annan upphandlande myndighet av betydande storlek (Skellefteå kommun) än vad som gällde enligt den ursprungliga ramavtalsupphandlingen.

56. Av det ovan anförda följer att samverkansavtalet har lett till att privata leverantörer har fått en fördel i förhållande till sina konkurrenter och att avtalet innebär att bestämmelserna om offentlig upphandling kringgås. Vid dessa förhållanden kan samverkansavtalet inte falla utanför LOU:s tillämpningsområde med stöd av EU-domstolens praxis rörande Hamburg-samverkan. Skellefteå kommuns avtal med Umeå kommun utgör därför en upphandlingspliktig anskaffning av tjänster som rätteligen skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt LOU. Den uppkomna situationen hade kunnat undvikas genom att kommunerna hade sett till att de anskaffningar från privata leverantörer som tillgodoser Skellefteå kommuns behov hade upphandlats på ett transparent sätt.

Sammanfattning

57. Mot denna bakgrund och då det i övrigt inte framkommit att något undantag från annonseringsskyldigheten i LOU varit tillämpligt, bedömer Konkurrensverket att samverkansavtalet mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun rätteligen borde ha upphandlats genom ett annonserat förfarande. I och med att så inte skett är avtalet en otillåten direktupphandling.

Avtalets kontraktsvärde

58. Av 3 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska samtliga options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.
59. Beräkningen av värdet av ett kontrakt ska enligt 3 kap. 4 § LOU avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandling enligt 7 kap. 1 § LOU skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.
60. Det avtal som omfattas av aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift har inget angivet totalpris. Avtalet löper på obestämd tid. Ett maximalt värde är således inte möjligt att fastställa enbart med tillämpning av 3 kap. 3 § och 3 kap. 4 § LOU.
61. Vid en tillämpning av den s.k. 48-månadersregeln i 3 kap. 12 § LOU ska värdet av de levererade tjänsterna per månad i sådana fall multipliceras med 48. Enligt Skellefteå kommuns beräkningar uppgick kostnaderna för den gemensamma nämnden, och således även kostnaden för de tjänster som levereras enligt samverkansavtalet, till 1 832 000 kronor för 2014. För 2015 och 2016 har kommunen budgeterat en kostnad om 4 290 000 kronor respektive 4 933 000 kronor, se [bilaga 15](#). Avtalet trädde i kraft den 28 april 2014, eller strax därefter, varför uppgifter om värde finns för åtta månader av 2014 samt för hela 2015 och 2016, totalt 32 månader.

62. Med tillämpning av 3 kap. 12 § LOU ska kontraktsvärdet enligt Konkurrensverkets beräkning fastställas till 16 582 500 kronor $((1\,832\,000 + 4\,290\,000 + 4\,933\,000)/32 \text{ månader}) \times 48 \text{ månader} = 16\,582\,500$ kronor).

Upphandlingsskadeavgift

63. 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 således alltså inte någon ursäkt för en överträdelse.⁸
64. 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.⁹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

65. 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).
66. Det avtal som ansökan gäller utgör en del av Skellefteå kommuns och Umeå kommuns överenskommelse om den gemensamma nämnden, kallad Nämnden för grundläggande IT-kapacitetstjänster. Överenskommelsen godkändes av de båda kommunernas respektive fullmäktige, den 15 april 2014 av Skellefteå kommun och den 28 april 2014 av Umeå kommun. Protokollen har justerats och besluten har vunnit laga kraft. Av fullmäktigebesluten framgår att de tas under förutsättning att den andra kommunen fattar motsvarande beslut. Ett bindande avtal har mot denna bakgrund uppstått den 28 april 2014, eller strax därefter, och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

67. 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 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för

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

⁹ A. prop. s. 196 f.

särskilt graverande fall.¹⁰ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till kronor 16 582 500 kronor (se punkt 62 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 658 250 kronor.¹¹

68. 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).
69. 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.¹²
70. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet kan därför ofta anses vara högt. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan emellertid 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 såsom 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 omständigheter.¹³
71. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt.¹⁴
72. Inom ramen för denna utredning har, i enlighet med vad som nämnts ovan, även Umeå kommuns agerande utretts. Konkurrensverket har, i ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift ställt till Umeå kommun, kunnat konstatera att en lämplig upphandlingsskadeavgift för Umeå kommun är 140 000 kronor. De båda kommunernas överträdelser av LOU har sin grund i likartade händelseförlopp. Konkurrensverket anser därför att det i detta fall

¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹¹ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2014 i mål nr 4915-13 där Konkurrensverket i ansökan beräknade kontraktsvärdet på liknande sätt.

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

¹³ A. prop. s. 197 f. och 369 f.

¹⁴ Se även bland annat 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.

är lämpligt att kommunerna påförs upphandlingsskadeavgifter med lika stora belopp.

73. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 140 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Sophia Anderberg

Bifogas

Bilaga 1 – Samverkansavtal

Bilaga 2-3 – Beslut i kommunfullmäktige i Umeå kommun respektive Skellefteå kommun inklusive visst underlag (tjänsteskrivelse daterad 140317)

Bilaga 4 – Reglemente för gemensam nämnd

Bilaga 5 - Anbudsförfrågan – Umeå kommuns ramavtal Server och lagring 12054

Bilaga 6-8 – Ramavtal med Atea, 5 High och Savecore

Bilaga 9-11 – Förlängningar av ramavtal med Atea, 5 High och Savecore

Bilaga 12-13 – Fakturor Atea

Bilaga 14 – Faktura 5 High

Bilaga 15 – Skellefteå kommuns budget för gemensam nämnd