

Förvaltningsrätten i Karlstad
Box 568
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Örebro universitet, 701 82 Örebro

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 Örebro universitet ska betala 150 000 (etthundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Örebro universitet har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 26 april 2017 ingå avtal om konsulttjänster med Effect Management Development AB (Effect Management) utan föregående annonsering trots att detta krävdes. Avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. I december 2016 tog universitetet kontakt med två konsultföretag (Effect Management var ett av dessa) avseende utvecklings- och ledningsarbete. Efter möten med företagen beslutade universitetsledningen att ingå ett direktupphandlat avtal med Effect Management till ett uppskattat värde om 500 000 kronor. Direktupphandlingen motiverades med att avtalets värde understeg direktupphandlingsgränsen, se [bilaga 1](#).
3. Den 14 februari 2017 tecknades avtal mellan Örebro universitet och Effect Management (Avtal 1), se [bilaga 2](#). Av den underliggande offerten framgår att avtalet bl.a. avser en nulägesanalys och innefattar en intervjustudie. Av offerten framgår vidare att universitetet vill uppdatera vision, varumärke och värdegrund samt att övriga steg resursätts efter nulägesanalysen.
4. Universitetsledningen beslutade den 6 april 2017 att genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt LOU direktupphandla ytterligare ett avtal med Effect Management. Föremålet för upphandlingen beskrevs av universitetsledningen som konsultstöd för visionsarbete. Som skäl för att undanta upphandlingen från annonsering angav universitetsledningen att det förelåg synnerlig brådska samt att företaget hade en unik kompetens, se [bilaga 3](#).
5. Det andra avtalet med Effect Management tecknades därefter den 26 april 2017 (Avtal 2), se [bilaga 4](#). I den underliggande offerten anges att syftet med arbetet är att uppdatera universitetets vision och strategi samt att detta ska vara färdigt för beslut av universitetsstyrelsen under december 2017.
6. Enligt en tjänsteanteckning daterad den 3 maj 2017 har universitetets upphandlingssamordnare varit tydlig med sin uppfattning att användningen av undantagen från annonsering enligt LOU i detta specifika fall troligen inte harmoniserade med lagstiftning eller rättspraxis, se [bilaga 5](#). Samordnarens bedömning gjordes i samråd med economichefen.

Tillämplig lag

7. Det är Avtal 2, som ingicks den 26 april 2017, som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.
8. Från och med den 1 januari 2017 gäller lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna ska den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) tillämpas på alla upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017.
9. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett upphandlingsförfarande får anses påbörjat när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.¹
10. Universitetet har uppgett bl.a. följande. Den inledande förfrågan som skickades i december 2016 omfattade inte de uppdrag som följer av det andra avtalet som tecknades i april 2017. Det andra avtalet var en direkt konsekvens av slutsatserna från uppdraget som följde av det först ingångna avtalet.
11. Konkurrensverket bedömer dock att den externa förfrågan som universitetet ställde i december 2016 även får anses ha innefattat arbetet med en ny vision. Enligt Avtal 1, som var ett resultat av universitetets förfrågan, ska Effect Management ge konsultstöd i ledning och utveckling i enlighet med sin offert. Av offerten till Avtal 1 framgår att universitetsledningen uttryckt behov av att utveckla ledningsprocess och målstyrning samt uppdatera universitetets vision m.m. Av offerten framgår vidare konsultens uppfattning att en långsiktig översyn och uppdatering bör göras av "Vision, Värdegrund och Varumärke och Strategi", se bilaga 2. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att påbörjandepunkten för upphandlingen av Avtal 2, vilket avsåg uppdatering av vision och strategi, har inträffat någon gång under december månad 2016. Upphandlingen har således påbörjats före den 1 januari 2017 och LOU i 2007 års lydelse ska därför tillämpas på upphandlingen.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

12. Det i målet aktuella avtalet avser organisationskonsulttjänster och utgör därför A-tjänster (bilaga 2, kategori 11). Av utredningen framgår att avtalet inte har föregåtts av någon annonserad upphandling enligt LOU.

¹ Se HFD 2013 ref. 31.

13. Enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (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 tillämpliga.
14. Beräkningen av ett avtals värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§, när det är fråga om avtal som överstiger aktuellt tröskelvärde och därmed omfattas av de direktivstyrda reglerna i LOU. Av 3 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas.
15. Det följer av 3 kap. 5 § LOU att en planerad anskaffning av tjänster inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.²
16. Effect Managements arbete för universitetet med utveckling och ledning följer av två uppdragsavtal. Redan i den första offerten, som är del av Avtal 1, framgår att arbetet ska utmynna i det arbete som sedan närmare specificeras i den andra offerten, som är del av Avtal 2. Eftersom de direktupphandlade tjänsterna utgjort delar av samma tekniska och ekonomiska funktion (uppdrag att bistå med utvecklings- och ledningsarbete) och arbetet utförts för en och samma upphandlande myndighet ska allt det arbete som Effect Management utfört avseende utvecklings- och ledningsarbete ses som en och samma helhet vid kontraktvärdesbedömningen i enlighet med bestämmelserna i 3 kap. LOU. De samlade beställningarna omfattas därmed av uppdelningsförbudet i 3 kap. 5 § LOU och ska räknas samman.
17. Av utredningen i ärendet framgår att det sammanlagda belopp som Effect Management fakturerat universitetet uppgår till 1 778 725 kronor, varav 446 900 kronor avser det arbete som utförts inom ramen för Avtal 1 och 1 331 825 kronor avseende Avtal 2. Den otillåtna direktupphandlingens värde ska därför fastställas till 1 778 725 kronor.

² Bestämmelsen har tolkats i praxis, se t.ex. Tribunalens avgörande i mål T-384/10 *Spanien mot kommissionen*. Av domen framgår bl.a. att olika kontrakt som fyller samma tekniska eller ekonomiska funktion och som utförs för samma upphandlande myndighet ska ses som ett enda kontrakt vad gäller skyldigheten att konkurrensutsätta upphandlingen, se punkt 68–69. Av domen framgår vidare att det inte krävs att det visas att den upphandlande myndigheten hade uppsåt att kringgå regelverket, se punkt 94–96. Bestämmelsen i 3 kap. 5 § LOU innehåller således inte något subjektivt rekvisit. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-16/98 *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 62–66.

18. Eftersom upphandlingens värde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle universitetet ha annonserat upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU.³ Detta gäller under förutsättning att något undantag från annonseringsplikten inte föreläggat.

Vad universitetet anfört till stöd för direktupphandlingen

19. Örebro universitet har under Konkurrensverkets utredning av ärendet hävdat att undantagen för synnerlig brådska och tekniska skäl varit tillämpliga. Ett byte skedde på rektorsposten den 1 juli 2016 och universitetsstyrelsen skulle förnyas i maj 2017. Att få en ny vision på plats bedömdes därför vara av stor vikt. Universitetets tidigare vision utgick från strategistyrning medan den nya ledningen avsåg att skifta mot målstyrning. Det förelåg därför synnerlig brådska att tillsätta rätt kompetens för att driva förändringsarbetet. Arbetet krävde särskild förståelse för ett universitets särart varför det förelåg tekniska skäl. Den särskilda kompetensen hade Effect Management eftersom man kunde erbjuda konsulter med erfarenhet av universitetsledningsarbete. Det andra avtalet var också en direkt konsekvens av slutsatserna från arbetet inom ramen för det första avtalet. Universitetet bedömde att den befintliga leverantören därigenom hade en kunskap som svårigen kunde förvärfvas av någon annan.

Synnerlig brådska föreligger inte

20. För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs enligt 4 kap. 5 § 3 LOU att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.
21. För att det ska anses absolut nödvändigt att tilldela kontrakt ska det röra sig om upphandling av varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art.⁴ Av förarbeten och av praxis framgår också att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens eget agerande.⁵ Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.⁶
22. Avtalet gäller konsultstöd och uppdraget går ut på att ta fram en ny vision och strategi för universitetet. Även om det är av vikt att arbetet genomförs kan det inte i någon avgörande bemärkelse anses påverka universitetets

³ Tröskelvärdet uppgick under år 2017 till 1 233 941 kronor.

⁴ Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7469–7472-11.

⁵ Se prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f. samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* p. 26 och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p. 40 med hänvisningar.

⁶ Se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14.

förutsättningar att tillhandahålla utbildning. Konkurrensverket bedömer därför att den tjänst som avtalet avser inte är av sådant slag att kontraktet varit absolut nödvändigt att tilldela utan konkurrensutsättning. Det har inte framkommit några objektivt godtagbara skäl som förklarar varför universitetet var tvunget att anta en ny vision och strategi utan något dröjsmål. Den snäva tidsplan som förelegat är dessutom ett beslut som universitetet självt fattat och är således direkt hänförlig till dess eget agerande.⁷ Örebro universitet hade därför inte rätt att tillämpa undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska.

Tekniska skäl föreligger inte

23. En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 5 § 2 LOU använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det som ska upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör.
24. Undantaget förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet.⁸ Två rekvisit måste vara uppfyllda, dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär, dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet.⁹ Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.¹⁰
25. Av EU-domstolens rättspraxis följer att ett undantag från upphandlingsreglerna som görs med hänvisning till tekniska skäl ska vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna, i synnerhet principen om icke-diskriminering. EU-domstolen har konstaterat att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens".¹¹ För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det alltså inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan och kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, utan det ska vara styrkt att endast denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.
26. Det avgörande för att undantaget ska kunna tillämpas är således om det är möjligt för någon annan leverantör än Effect Management att tillhandahålla de i målet aktuella tjänsterna.

⁷ Jfr HFD 2017 ref. 66.

⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p. 34-39.

⁹ C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 34.

¹⁰ C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 21.

¹¹ EU-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 62-63.

27. Av handlingarna i ärendet framgår att universitetet i det inledande skedet av upphandlingen också kontaktade ett annat konsultföretag. Även det andra företaget lämnade förslag på utförande men ansågs av universitetsledningen inte vara lika lämpligt och kvalificerat som Effect Management. Det är alltså klarlagt att det fanns en annan aktör på marknaden som i och för sig hade förmåga att utföra tjänsten. Att universitetet vid en jämförelse mellan de två företagens förslag gjorde bedömningen att Effect Management var mest lämpat för uppdraget utgör inte tekniska skäl i LOU:s bemärkelse. Därutöver är det högst sannolikt att det även finns andra leverantörer på marknaden, utöver de två företag som universitetet valt att tillfråga, som hade kunnat utföra arbetet.
28. Universitetet har också anfört att Effect Management redan var insatta i arbetet och att valet av leverantör föreföll naturligt. Konkurrensverket anser att argumentet saknar betydelse för frågan om någon annan leverantör överhuvudtaget hade kunnat tillhandahålla tjänsterna i fråga. Det skälet kan alltså inte motivera något undantag från annonseringsplikten med hänvisning till tekniska skäl.

Örebro universitet har inte haft rätt att underlåta annonsering

29. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹² Sammantaget anser Konkurrensverket att de omständigheter som universitetet anfört under utredningen inte kan läggas till grund för tillämpning av undantagen för synnerlig brådska eller tekniska skäl. Det har inte heller framkommit några andra omständigheter som medger undantag från annonseringsskyldigheten. Universitetets avtal med Effect Management utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

30. Vid en otillåten direktupphandling får enligt 17 kap. 1 § 3 LOU en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. 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.¹³

¹² 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.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 193 och s. 368.

31. 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.¹⁴
32. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁵ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 778 725 kronor (se punkt 17 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 177 872 kronor ($1\,778\,725 \times 0,1$).
33. 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. Detta följer av 17 kap. 5 § LOU.
34. 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.¹⁶ 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.¹⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁸
35. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Beslutet om att ingå avtal har därtill föregåtts av information från universitetets upphandlings-samordnare om att avtalet troligen inte var undantaget från annonseringskravet. Att universitet inte hörsammat detta utgör enligt Konkurrensverket en försvårande omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.

¹⁴ A. prop. s. 196–197.

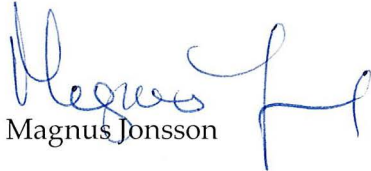
¹⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 369–370.

¹⁷ A prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁸ 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.

36. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 150 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-


Magnus Jonsson


Magnus Ehn

Bifogas

Bilaga 1: Universitets beslutsdokument om direktupphandling

Bilaga 2: Uppdragsavtal med offert ingånget den 14 februari 2017

Bilaga 3: Universitets beslutsdokument avseende förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Bilaga 4: Uppdragsavtal med offert ingånget den 26 april 2017

Bilaga 5: Tjänsteanteckning, ärendenr ORU 2.4.1-02175/2017