

Förvaltningsrätten i Malmö

Box 4522

203 20 Malmö

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### Motpart

Malmö kommun, 205 80 Malmö

### Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

---

### Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Malmö kommun ska betala 1 200 000 (en miljon tvåhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Malmö kommun (kommunen) har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att den 4 juli 2017 ingå avtal om produktförsörjning avseende IT-produkter och produktnära tjänster med ATEA Sverige AB (ATEA) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Efter en annonserad upphandling tecknade kommunen ett ramavtal för produktförsörjning avseende IT-produkter och produktnära tjänster med ATEA den 6 februari 2013, se bilaga 1. Avtalet avsåg logistikhantering av IT-produkter och IT-tjänster, vilket innebar att ATEA bland annat skulle utföra leveranser av IT-produkter som upphandlats av kommunen separat. Ramavtalet löpte fram till den 31 januari 2015 med möjlighet till förlängning i 24 månader.
3. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning anfört bland annat att man började förberedelserna för ett nytt kontrakt under 2015 men att det då framkom att berörda verksamheter hade behov av en ny modell för leverans av IT-produkter och närliggande tjänster. Samtidigt har kommunen genomgått flera genomgripande omorganisationer med följderna att processen har försenats. Kombinationen av dessa två faktorer utgjorde skäl till att ett nytt avtal saknades vid det befintliga avtalets slut.
4. Den 14 december 2016 fattade kommunen beslut om att inleda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering i syfte att teckna ett avtal med ATEA, se bilaga 2. Av beslutet framgår att kommunen ansåg det som en oproportionerligt stor påfrestning och arbetsbörda för kommunens verksamheter att frångå avtalsupplägget för en begränsad tid. I beslutet anges vidare att kommunen har bedömt att leveranser till följd av kontraktstecknande i den pågående upphandlingen tidigast kommer att kunna ske sommaren 2017 eftersom slutrevidering av underlag, annonsering, bemötande av frågor och svar, kvalificering och utvärdering av anbud beräknas ta ytterligare tid i anspråk.
5. I slutet av 2016 och början av 2017 kontaktade kommunen flera olika leverantörer med frågan om de kunde åta sig uppdraget som logistikpartner för en tid om sex månader, den tid som kommunen trodde sig behöva för att upphandla ett nytt avtal genom ett annonserat förfarande. Enligt kommunen kunde enbart ATEA åta sig uppdraget då det skulle medföra stora uppstartskostnader för övriga leverantörer och då ingen av de övriga aktörerna ansåg sig ha möjligheten att få tillbaka sina investeringar i en så kortsiktig affär.

6. Den 23 januari 2017 tecknade kommunen ett nytt ramavtal med ATEA, se bilaga 3. Detta avtal trädde i kraft den 1 februari 2017 och löpte till och med den 31 juli 2017, med en ensidig rätt för kommunen att förlänga avtalet med tre månader i taget.
7. I avtalet anges att ramavtalet från 2013 utgör en del av avtalet.<sup>1</sup> Vid eventuella motstridiga uppgifter i kontraktshandlingarna har dock villkoren i avtalet från januari 2017 företrädde. Det noteras att avtalet, utöver villkor om avtalstid, avtalsadministrativ avgift och priser, i princip saknar uppgifter om leverantörens åtaganden. De priser som är avtalade mellan parterna enligt ramavtalet från 2013 är fasta under hela avtalsperioden, bortsett från nyttillkomna varor som regleras löpande enligt skriftlig överenskommelse.
8. Den 9 juni 2017 annonserade kommunen en så kallad RFI (Request for Information, STK-2017-820) med avsikten att upphandla ett nytt ramavtal. Något upphandlat avtal tecknades dock inte under sommaren 2017. I stället tecknade kommunen den 4 juli 2017 ytterligare ett ramavtal med ATEA, se bilaga 4. Detta ramavtal löpte från den 1 augusti 2017 till den 31 december 2017 och var likalydande med ramavtalet från januari 2017 med tillägget att avtalet som längst kan förlängas till dess att kommunen har upphandlat ett nytt ramavtal i linje med den annonserade RFI:n. Det är ramavtalet som tecknades den 4 juli 2017 som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
9. Den 7 december 2017 genomförde kommunen en förlängning av avtalet genom ett skriftligt meddelande till ATEA. Förlängningen gällde perioden från den 1 januari 2018 till den 31 mars 2018.
10. Den 19 december 2017 annonserade kommunen om en konkurrenspräglad dialog i syfte att få till stånd ett nytt ramavtal. Denna upphandling avbröts dock den 1 februari 2018 på grund av att de ansökningar som inkommit till kommunen funnits bristfälliga och kommunen ansåg sig sakna möjligheter att begära in nödvändiga förtydliganden och kompletteringar.
11. Den 15 februari 2018 annonserade kommunen en ny upphandling. Tilldelningsbeslut meddelades den 8 juni 2018 och avtalsspärren löpte ut den 18 juni 2018. Enligt uppgift från kommunen är ett av kommunen påskrivet avtal på väg till vinnande anbudsgivare (ATEA) för påskrift.

#### **Avtalets karaktär och värde**

12. Som nämnts ovan (punkten 8) är det avtalet som tecknades den 4 juli 2017 som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.

---

<sup>1</sup> Se bilaga 2, s. 1. Det noteras till undvikande av missförstånd att ramavtalet från 2013 har upphört att gälla som självständigt avtal och endast utgör en kontraktstilaga till det nya ramavtalet.

13. Utöver uppgifter om avtalstid, avtalsadministrativavgift och priser reglerar avtalet inte ATEAs åtaganden i egenskap av leverantör. I stället är det i ramavtalet från 2013, som utgör en del av avtalet, som dessa uppgifter återfinns.
14. I ramavtalet från 2013 anges bland annat följande. Uppdraget omfattar att vara logistikpartner åt beställaren, vilket innebär att man utifrån successiva avrop ska hantera och utföra leveranser av förbrukningsmateriel och tillbehör till beställarens befintliga såväl som nytillkommande IT-klienter. Likaså ska man hantera produktnära tjänster och kunna lagerhålla och hantera klienter som beställaren successivt avropar från externa tillverkare/leverantörer.<sup>2</sup>
15. Såvitt Konkurrensverket kan bedöma utgörs avtalsföremålet dels av tjänster som ska utföras vid avrop, som lagerhållning och märkning av IT-produkter, liksom leverans och uppsättning av exempelvis datorer, och dels av tjänster som regleras direkt i avtalet som kundtjänst och närservice. Det tycks således vara fråga om ett blandat avtal i den meningen att avtalet delvis utgör ett ramavtal och delvis ett vanligt tjänstekontrakt (jfr 1 kap. 20 och 21 §§ LOU). Kommunen har inte kunnat specificera hur mycket ATEA har fakturerat kommunen för respektive tjänst. Kommunen har dock själv bedömt att det är fråga om ett ramavtal. Konkurrensverket finner mot bakgrund av ovan angivna omständigheter i nuläget inte skäl att ifrågasätta den bedömningen.
16. Värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning vid tidpunkten för anbudsinfordran ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudsgivare räknas in i värdet (5 kap. 3 § LOU).
17. Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga (5 kap. 6 § LOU).<sup>3</sup>
18. Kommunen har uppgett att avtalet som upphandlades 2013 hade ett värde om ca 800 000 kronor per månad och att motsvarande värde gällde även vid ingåendet av ramavtalen i januari respektive juli 2017. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta denna uppgift. Då de senare ramavtalen har

---

<sup>2</sup> Se bilaga 1, punkten 1.9.

<sup>3</sup> Bestämmelsen har tolkats i praxis, se t.ex. Tribunalens avgörande i mål T-384/10. 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 uppsatt att kringgå regelverket, se punkt 94–96. Bestämmelsen innehåller således inte något subjektivt rekvisit. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-16/98, punkt 62–66.

motsvarande omfattning som avtalet från 2013 kan det uppgivna värdet även antas gälla för dessa avtal.

19. Eftersom de direktupphandlade ramavtalen från januari respektive juli 2017 är likalydande och avser samma behov av varor och tjänster hos den upphandlande myndigheten ska dessa ses som en helhet vid kontraktvärdesbedömningen i enlighet med bestämmelserna i 5 kap. LOU.
20. Enligt 5 kap. 14 § LOU ska värdet av ett ramavtal uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under dess löptid.
21. Avtalet från den 23 januari 2017 löpte under tiden från och med den 1 februari 2017 och till och med den 31 juli 2017, dvs. under sex månader. Avtalets värde är således 4 800 000 kr (800 000 kronor x 6).
22. Avtalet från den 4 juli 2017 upphör att gälla när kommunen har tecknat det avtal som följer på den RFI som kommunen annonserade i juni 2017. I praktiken innebär detta att det aktuella avtalet i princip har en obegränsad löptid eftersom kommunen inte är skyldig att teckna något avtal till följd av den aktuella RFI:n och då avtalet också ger kommunen en ensidig rätt att vid ett obestämt antal tillfällen förlänga det.
23. Även om upphandlingen från juni 2017 sedermera avbröts, kan konstateras att kommunen för närvarande är i det absoluta slutskedet av ett annat annonserat upphandlingsförfarande och att ett avtal kan förväntas vara på plats ungefär vid månadsskiftet juni/juli 2018 (se punkt 11 ovan). Detta innebär att kommunen har upphandlat tjänster enligt det aktuella avtalet under ca elva månaders tid. Enligt Konkurrensverkets bedömning bör avtalsvärdet därmed fastställas till 8 800 000 kronor (800 000 kronor x 11).
24. Mot bakgrund av det ovan anförda ska direktupphandlingens totala värde fastställas till 13 600 000 kronor.

### **Avtalet mellan kommunen och ATEA utgör en otillåten direktupphandling**

#### Allmänna utgångspunkter

25. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärdet 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. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.<sup>4</sup>

#### Synnerlig brådska

26. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att underlåta annonsering vid en upphandling på grund av synnerlig brådska. Det krävs i dessa fall att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte hade kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (6 kap. 15 § LOU). Av förarbeten och praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens agerande.<sup>5</sup> Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.<sup>6</sup>
27. Kommunen har anfört att ett tillfälligt byte av logistikpartner för tiden fram till att den planerade upphandlingen är genomförd skulle medföra en oproportionerligt stor arbetsbörda för kommunen och att det därmed skulle föreligga sådan synnerlig brådska som medför ett undantag från annonseringsplikten. Det borde dock ha stått klart för kommunen redan 2013, dvs. när det ursprungliga ramavtalet tecknades med ATEA, att en upphandling av ett nytt avtal skulle behöva komma till stånd någon gång under 2015. Enligt Konkurrensverkets uppfattning beror dröjsmålet till följd av kommunens omorganisation vidare på kommunens egna beslut och agerande.<sup>7</sup> Konkurrensverket anser mot bakgrund av dessa omständigheter att det inte föreligger grund för synnerlig brådska.

#### Tekniska skäl

28. Enligt 6 kap. 14 § 2 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör.
29. Undantaget förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet.<sup>8</sup> Två rekvisit

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07 del 1 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 198 och 344 f. samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p. 40 med hänvisningar.

<sup>6</sup> Se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14 den 26 augusti 2015.

<sup>7</sup> Jfr HFD 2017 ref. 66.

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

måste vara uppfyllda; dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär, och dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet.<sup>9</sup> Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.<sup>10</sup>

30. 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".<sup>11</sup> 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 krävs att det styrks att *endast* denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.
31. Det avgörande för att undantaget ska kunna tillämpas i förevarande fall är således om det är möjligt för någon annan leverantör än ATEA att överhuvudtaget kunna leverera den aktuella typen av produktförsörjning för att bistå kommunen i dess IT-arbete.
32. Kommunen har i detta avseende anfört att flera leverantörer tillfrågades men att alla utom ATEA avböjde uppdraget då dessa inte ansåg sig kunna göra någon vinst på ett så kort avtal som kommunens förfrågan inledningsvis avsåg (sex månader). Enligt Konkurrensverkets uppfattning talar detta för att det fanns andra aktörer på marknaden som i och för sig hade kunnat utföra tjänsterna.
33. Kommunens argument om att ett leverantörsbyte för en kort period skulle innebära en oproportionerligt stor arbetsbörda saknar vidare betydelse för frågan om huruvida någon annan än ATEA kunde leverera de efterfrågade tjänsterna. Inte heller av det skälet kan ett undantag från annonseringsplikten motiveras med hänvisning till tekniska skäl.
34. Sammantaget anser Konkurrensverket att de omständigheter som kommunen har hänvisat till under utredningen inte kan läggas till grund för tillämpningen av undantaget för tekniska skäl.

### Upphandlingsskadeavgift

35. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska

---

<sup>9</sup> Se C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 34.

<sup>10</sup> Se C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 21.

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

betala en upphandlingsskadeavgift (21 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.<sup>12</sup>

36. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>13</sup>

#### Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

37. 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 (21 kap. 7 § LOU).
38. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 30 juni 2017 och den 4 juli 2017. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 4 juli 2017 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

#### Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

39. 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 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>14</sup> Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 13 600 000 kronor (se punkt 24 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 360 000 kronor ( $13\,600\,000 \times 0,1$ ).
40. Vid fastställandet 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 (21 kap. 5 § LOU).
41. 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.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>13</sup> A prop. s. 196–197.

<sup>14</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

<sup>15</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.



42. 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.<sup>16</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>17</sup>
43. I detta fall har kommunen vid två olika tillfällen ålagts att betala upphandlingsskadeavgift till följd av otillåtna direktupphandlingar.<sup>18</sup> Dessa tidigare domar samt den nu aktuella överträdelsen visar enligt Konkurrensverkets mening på ett upprepat beteende i fråga om otillåtna direktupphandlingar hos den upphandlande myndigheten. Detta talar för ett högt sanktionsvärde. Även det faktum att avtalet saknar en bortre löptid är att betrakta som en försvårande omständighet i sammanhanget.
44. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 1 200 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---

Magnus Ehn

Natacha Otte Widgren

---

<sup>16</sup> A. prop. s. 197–198 och 369–370.

<sup>17</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

<sup>18</sup> Se Förvaltningsrätten i Malmös dom den 9 augusti 2012 i mål nr 4137-12 E och Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 4402-14.

**Bifogas**

Bilaga 1 – Avtal mellan Malmö kommun och ATEA Sverige AB avseende produktförsörjning avseende IT-produkter och produktnära tjänster, tecknat den 6 februari 2013.

Bilaga 2 – Malmö kommuns beslut om förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU avseende IT-logistikpartner och produktförsörjning IT, daterat den 14 december 2016.

Bilaga 3 – Avtal mellan Malmö kommun och ATEA Sverige AB avseende produktförsörjning avseende IT-produkter och produktnära tjänster, tecknat den 23 januari 2017.

Bilaga 4 – Avtal mellan Malmö kommun och ATEA Sverige AB avseende produktförsörjning avseende IT-produkter och produktnära tjänster, tecknat den 4 juli 2017.