

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Stockholms universitet, 106 91 Stockholm

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 Stockholms universitet ska betala 160 000 (etthundrasextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Stockholms universitet (SU) har tidigast den 10 oktober och senast den 20 december 2018 ingått avtal om julbord med Restaurang Godt på Djurgården AB utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. SU genomförde under våren 2018 en upphandling av ramavtal avseende julbordsförmedlare. Upphandlingen blev föremål för överprövning vid Förvaltningsrätten i Stockholm. SU beslutade den 5 oktober 2018 att avbryta upphandlingen på grund av otydligheter i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade den 5 november 2018 att avskryva målet.
3. Den 10 oktober 2018 gick inköpssektionen på SU ut med information om att upphandlingen blivit föremål för överprövning och att universitetets olika verksamheter, i stället för att invänta ett gemensamt upphandlat ramavtal, skulle boka julbord direkt hos önskad restaurang, se bilaga 1.
4. Enheterna på SU direktupphandlade därför julbord och jullunch för sina anställda genom att ta kontakt med olika leverantörer. Val av leverantör gjordes enligt SU:s uppgift med utgångspunkt i SU:s regler för direktinköp. Fakturorna för inköpen har skickats in till Konkurrensverket. Totalt har SU i en sammanställning specificerat 67 fakturor som rör julbord och fem fakturor som rör jullunch. Enligt sammanställningen har dessa inköp gjorts från leverantörer som SU inte har något upphandlat ramavtal med.¹

Avtalet mellan Stockholms universitet och Restaurang Godt på Djurgården AB utgör en otillåten direktupphandling

5. Konkurrensverkets talan gäller det avtal som SU ingick med Restaurang Godt på Djurgården AB och som resulterade i en faktura daterad den 28 december 2018. Enligt Konkurrensverkets bedömning avser avtalet ett sådant tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 till LOU, "restaurangtjänster". Avtalet omfattas därmed av bestämmelserna i 19 kap. LOU (19 kap. 1 § 2 LOU).

¹ Av fakturasammanställningen framgår vidare att vissa enheter använt sig av SU:s gällande ramavtal "från bulle till buffé" avseende catering för inköp av julbord och jullunch. Ramavtalet gäller mellan SU samt Högskolerestauranger AB, Fågelängens Catering AB, Vete-Katten AB, Compass Group AB och Matsällskapet AB. Ramavtalet tillgodoser behovet av cateringtjänster för universitetets institutioner eller motsvarande när det gäller inköp av "fika" och "enklare och finare catering", ref.nr. SU FV 2.2.2-2963-15. Totalt omfattar dessa inköp sju fakturor på totalt 107 329 kronor. Inköpen omfattas inte av Konkurrensverkets utredning, då inköp gjorts från ett gällande ramavtal.

6. Det framgår av Konkurrensverkets utredning att detta avtal i likhet med de övriga avtalen, som totalt resulterat i 72 fakturor, inte har föregåtts av någon annonserad upphandling.
7. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska 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.² 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 tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.³
8. Av 19 kap. 8 § LOU framgår att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen av värdet av upphandlingen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.
9. Avtalet mellan SU och Restaurang Godt på Djurgården AB resulterade i en faktura om 89 887 kronor exklusive mervärdesskatt. Fakturan avser restaurangbesök den 20 december 2018. Av det underlag som kommit in från SU framgår att julbord och jullunch utanför cateringavtalet totalt har köpts in för 2 166 057 kronor exklusive mervärdesskatt (julbord 2 071 707 kronor och jullunch 94 350 kronor). Fakturor för dessa köp är daterade mellan den 27 november 2018 och den 9 januari 2019, se bilaga 2.
10. SU har inte närmare kunnat precisera när något av avtalen om julbord och jullunch har slutits, men har uppgett att beställningarna har skett efter den 10 oktober 2018 då SU informerade om att verksamheterna själva fick boka julbord eftersom pågående upphandling av julbordsförmedlare avbrutits. Eftersom beställningarna rör julmat ligger det också i sakens natur att utgå från att samtliga beställningar har gjorts innan årsskiftet 2018/2019. Av utredningen framgår således att avtalen rörande julbord och jullunch har slutits under en begränsad tidsperiod under 2018.
11. Samtliga dessa avtal får vidare anses röra samma typ av tjänst, nämligen att tillgodose behovet hos SU av julmat. Upphandlingarna får därför anses vara

² För 2018 uppgick tröskelvärdet till 1 365 782 kronor och direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor.

³ Se till exempel EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 46, förarbetsuttalande i prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10.

av samma slag i den mening som avses i 19 kap. 8 § LOU och värdena av avtalen ska därmed räknas samman.

12. Värdet på den nu aktuella direktupphandlingen ska således fastställas till 2 166 057 kronor (se punkt 9 ovan). Upphandlingens värde överstiger gällande direktupphandlingsgräns och borde därför ha annonserats enligt 19 kap. 9 § LOU under förutsättning att inget undantag från annonsering varit tillämpligt.
13. SU har under utredningen framfört att de inte anser att det har funnits några tillämpliga undantag från annonsering. Det har enligt Konkurrensverket inte framkommit några omständigheter i utredningen som medger ett undantag från annonseringsplikten. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

14. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.⁴
15. 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.⁵

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

16. 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).
17. Det avtal som ansökan avser har inte daterats och det har inte gått att fastställa någon exakt tidpunkt för när det har ingåtts. Av omständigheterna framgår dock att ett bindande avtal som *tidigast* kunnat komma till stånd den 10 oktober 2018 (se punkt 10 ovan). Eftersom fakturan avser tidpunkten den 20 december 2018 så talar omständigheterna för att avtalet har ingåtts *senast* detta datum. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste således ha lämnats in till domstolen *tidigast* inom ett år från den 10 oktober 2018.

⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁵ A prop. s. 196–197.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

18. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Beräkningen av värdet ska ske enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁶ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 2 166 057 kronor (se punkt 9 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 216 605 kronor ($2\,166\,057 \times 0,1$).
19. 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 (21 kap. 5 § LOU).
20. 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.⁷
21. 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 till exempel 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.⁸ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁹
22. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Omständigheterna som redogjorts för ovan är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande. Vad SU anfört under utredningen om att den sammantagna konkurrensen på marknaden upprätthållits genom att julborden spridits ut till olika

⁶ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

⁸ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 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.

leverantörer påverkar inte denna bedömning eftersom en korrekt upphandling enligt LOU inte har genomförts.

23. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 160 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Maria Andersson Müller

Bifogas

Bilaga 1 – Utdrag medarbetarwebben Stockholms universitet

Bilaga 2 – Sammanställning fakturor över julbord och jullunch