

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Västerås kommun, 721 87 Västerås

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 Västerås kommun ska betala 80 000 (åttiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Grunder

1. Västerås kommun (kommunen) har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 9 juli 2015 ingå avtal om produktion av webbsändningar med Q enter Production AB (Q enter) utan föregående annonsering. Eftersom det saknades förutsättningar för att frångå annonseringsplikten utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

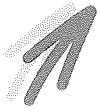
2. Enligt avtal ska Q enter tillhandahålla kommunen följande tjänster för produktion av webbsändningar: produktion av webbtv från kommunfullmäktiges sammanträden på kommunens hemsida, produktion av webbtv från landstingsfullmäktiges sammanträden på Landstinget Västmanlands hemsida, hyra av utrustning, server för webbhosting och en plattform för att sända sammanträdena på internet, indexering av filmer, personal för produktion av fullmäktigesammanträdena samt överföring av inspelat material för arkivering. Avtalet gäller under tre år, perioden 1 augusti 2015 -- 31 juli 2018.¹
3. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning anfört bland annat följande.² Målsättningen med det nya avtalet var att förbättra tjänsten avseende bland annat bild- och ljudkvalitet. Det var också önskvärt att hitta en tjänst för webbsändningar som kunde styras av kommunens mötessystem för att förbättra sökbarheten bland sparade videofiler. Kommunen genomförde därför en marknadsundersökning och tog kontakt med tre leverantörer för att bilda sig en uppfattning om vilka typer av tjänster för webbsändningar som fanns. Kommunen ansåg att de lösningar som Q enter kunde erbjuda var de bästa och mest prisvärda och därför ingick kommunen avtal med den leverantören. Det var även en fördel att Q enter var den befintliga leverantören av kommunens mötessystem. Det har inte genomförts något annonserat upphandlingsförfarande inför ingåendet av avtalet. Anledningen till detta är att avtalet omfattas av undantaget i 1 kap. 6 § punkten 2 LOU.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

4. Enligt huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU ska upphandlingar annonseras. Alla potentiella leverantörer ges därigenom möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen)

¹ Se bilaga 1.

² Se bilaga 2.



behöver emellertid inte annonseras.³ 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 eller att det föreligger synnerliga skäl.⁴ Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁵

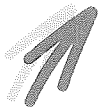
Avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen

5. För att avgöra om upphandlingen ska föregås av annonsering måste avtalets värde beräknas. Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas.
6. De tjänster som ingår i avtalet är prissatta i tre delar: teknikhyra, webbhosting CDN/OVP/Cloudbox samt personalkostnader i samband med möten. Avtalet är som ovan angetts giltigt i tre år.
7. Enligt avtalet ska kommunen betala 7 866 kronor per månad eller 283 176 kronor (7 866 kronor x 12 månader x 3 år) under avtalets hela giltighetstid för hyra av teknik. Värdet för webbhosting CDN/OVP/Cloudbox är 11 500 kronor per månad. Det motsvarar 414 000 kronor (11 500 kronor x 12 månader x 3 år) under hela avtalsperioden. För personalkostnader i samband med möten ska kommunen betala 8 000 kronor per möte. Enligt uppgifter från kommunen webbsänds tio sammanträden i kommunfullmäktige per år och sju sammanträden i landstingsfullmäktige per år. Värdet för tillhandahållande av personal under avtalets hela giltighetstid är därför sammanlagt 408 000 kronor (8 000 kronor x 17 sammanträden per år x 3 år).
8. Då avtalet ingicks uppgick direktupphandlingsgränsen till 505 800 kronor. Det samlade värdet för de tjänster som ska tillhandhållas under hela avtalstiden är 1 105 716 kronor (283 176 kronor + 414 000 kronor + 408 000 kronor). Värdet av avtalet överstiger således direktupphandlingsgränsen, men understiger det då gällande tröskelvärdet (1 806 427 kronor). Avtalet omfattas därmed av bestämmelserna i 15 kap. LOU (1 kap. 2 § LOU).
9. Eftersom avtalets värde överstiger direktupphandlingsgränsen skulle kommunen enligt huvudregeln ha annonserat upphandlingen. Konkurrensverket kan konstatera att avtalet inte har annonserats och att

³ Se 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Direktupphandlingsgränsen uppgick under år 2015 till 505 800 kr.

⁴ Se 15 kap. 3 § andra stycket LOU som i sin tur hänvisar till 4 kap. 5-9 §§ LOU.

⁵ Se bland annat 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.



avtalet därmed utgör en otillåten direktupphandling om det inte funnits skäl att underlåta en annonsering med stöd av något undantag i LOU.

Undantaget i 1 kap. 6 § punkten 2 LOU är inte tillämpligt

10. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning invänt att det förelegat skäl att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering eftersom det avser produktion och sändning av tv-program.
11. Enligt 1 kap. 6 § punkten 2 LOU gäller inte lagen för kontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och tv-program samt upphandling av sändningstid.
12. 1 kap. 6 § punkten 2 LOU bygger på artikel 16.b i direktiv 2004/18/EG⁶. Av skäl 25 i direktivet framgår att vissa audiovisuella tjänster bör undantas upphandlingsreglerna eftersom hänsyn bör kunna tas till kulturella och sociala överväganden. Av dessa skäl ska undantag göras för offentliga tjänstekontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial som är färdigt för användande samt andra förberedande tjänster. Detta exemplifieras med tjänster som har samband med manuskript eller artistuppträdanden vilka behövs för att genomföra ett program.⁷
13. I mål C-337/06 *Bayerischer Rundfunk*, som bl.a. avsåg tolkning av motsvarande bestämmelse i det tidigare tjänstedirektivet⁸, uttalade EU-domstolen att undantaget rör programföretags kärnverksamhet och att målsättningen med bestämmelsen är att garantera att upphandlande myndigheter kan uppfylla sitt public service-uppdrag på ett självständigt och opartiskt sätt. I avgörandet erinrar domstolen samtidigt om att bestämmelsen utgör ett undantag från det främsta syftet med gemenskapsreglerna om offentlig upphandling, som är fri rörlighet för tjänster och främjande av så fri konkurrens som möjligt, och att den därför bör tolkas restriktivt.⁹
14. Enligt Konkurrensverkets uppfattning leder ett beaktande av de bakomliggande syftena med bestämmelsen i 1 kap. 6 § punkten 2 LOU samt EU-domstolens praxis till slutsatsen att kommunen inte har kunnat åberopa den för att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Kommunen är inte ett programföretag med ett public service-uppdrag och

⁶ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

⁷ Motsvarande undantagsbestämmelse återfinns i artikel 10.b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Syftet med bestämmelsen berörs i skäl 23.

⁸ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

⁹ Se punkt 62-64 i EU-domstolens avgörande.



dess kärnverksamhet utgörs inte av TV- eller radioproduktion eller liknande. Inte heller har kommunens val av leverantör att något att göra med kulturella eller sociala överväganden, utan avser en sedvanlig upphandling av ett avtal av tjänster för tillgängliggörande av kommun- och landstingsfullmäktiges sammanträden.

15. Kommunen har därför inte kunnat ingå avtalet utan föregående annonsering med hänvisning till undantaget i 1 kap. 6 § punkten 2 LOU.

Det finns inte några tekniska skäl att underlåta annonsering

16. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning anfört att det var värdefullt att ingå avtal med samma leverantör som tillhandahåller kommunens mötessystem, eftersom webbsändningarna då kunde styras genom detta system och videofiler kunde indexeras enligt talarlistan. Kommunens invändningar kan uppfattas som om Q enter var den enda leverantören på marknaden som hade förmåga att tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna.
17. Ett undantag från skyldigheten att annonsera en upphandling kan göras om det som upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör (15 kap. 3 § andra stycket LOU jfrd med 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU).¹⁰ Undantaget för tekniska skäl är avsett att tillämpas i mycket speciella situationer när det på objektiva grunder kan konstateras att det inte finns någon annan leverantör än den som myndigheten har pekat ut som över huvud taget kan erbjuda vad som efterfrågas. Enkelt uttryckt ska det inte finnas någon konkurrens och myndigheten ska inte ha något annat möjligt alternativ än att vända sig till en viss leverantör.¹¹
18. Enligt Konkurrensverkets bedömning finns det dock en utvecklad marknad för webbsändningar, med flera leverantörer som kan tillhandahålla tjänster liknande dem som omfattas av avtalet. Vid kontakt med en konkurrent till Q enter har det framkommit att de funktioner som kommunen önskar ska kunna styras genom mötessystemet också finns i andra system för

¹⁰ EU-domstolen har uttalat att två kumulativa villkor ska vara uppfyllda för att bestämmelsen ska kunna tillämpas, dvs. att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär och att det därför är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet, se mål C-394/02

Kommissionen mot Grekland, punkt 34.

¹¹ Jfr lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 466–468 och s. 861. Remissen innehåller förslag till en ny lag om offentlig upphandling till följd av direktiv 2014/24/EU. Det nya direktivet bygger i sak i stora delar på 2004 års direktiv som ligger till grund för den nuvarande LOU. Förslaget till den nya lagen om offentlig upphandling innehåller anpassningar och uppdateringar samt ett antal nya bestämmelser. I remissen tydliggörs bland annat förutsättningarna för tillämpningen av undantaget för tekniska skäl. Direktiv 2014/24 EU innebär, enligt Konkurrensverkets uppfattning, inte i sig att utrymmet för att åberopa tekniska skäl blir mer restriktivt. Undantagets materiella innehåll får anses oförändrat oavsett vilket av upphandlingsdirektiven den gällande svenska lagen grundas på, och framgå av EU-domstolens praxis.

webbsändningar.¹² Sådana it-system klarar nämligen av att ta emot video från i princip vilket mötessystem som helst. Detta innebär bland annat att det går att indexera eller kapitelindela videofiler utifrån talarordning eller dylikt på det sätt som kommunen önskat även med tjänster som tillhandahålls av andra leverantörer. Kommunen kan därför inte anses vara låst vid en viss leverantör av webbsändningar på grund av valet av mötessystem. Det har således, enligt Konkurrensverkets bedömning, inte varit tekniskt omöjligt för en annan leverantör att tillhandahålla de tjänster för webbsändningar som kommunen efterfrågat.

19. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har det därför inte förelegat några tekniska skäl för kommunen att ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering enligt LOU.
20. Av utredningen framgår inte heller att något annat undantag från annonseringsskyldigheten varit tillämpligt. Avtalet har därför tillkommit genom en otillåten direktupphandling, varför grund för att påföra upphandlingsskadeavgift föreligger.

Upphandlingsskadeavgift

21. 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 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
22. 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

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

23. 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). Det avtal som ansökan gäller har undertecknats av Västerås kommun den 9 juli 2015.

¹² Se bilaga 3.

¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

¹⁴ A prop. s. 196–197.



Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

24. 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 § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁵ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 105 176 kronor (se punkt 8 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 110 517 kronor ($1\,105\,176 \times 0,1$).
25. 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).
26. 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.¹⁶
27. 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.¹⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁸
28. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Av vad som i övrigt framkommit i ärendet anser Konkurrensverket att det varken finns några förmildrande eller försvårande omständigheter.

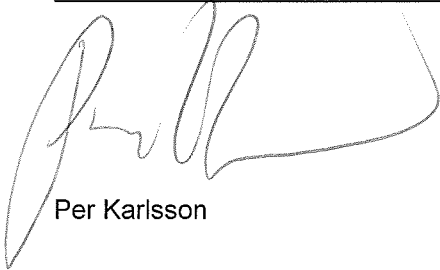
¹⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

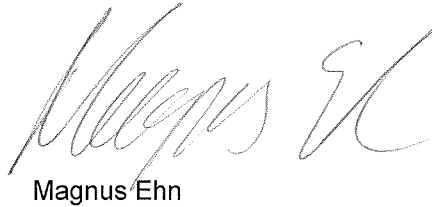
¹⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁸ 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.

29. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Magnus Ehn

Bifogas

Bilaga 1: Avtal mellan Västerås kommun och Q enter

Bilaga 2: Yttrande från Västerås kommun den 8 mars 2016

Bilaga 3: Tjänsteanteckning daterad den 21 april 2016