

Förvaltningsrätten i Luleå
Box 849
971 26 LULEÅ

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Luleå tekniska universitet, 971 87 Luleå

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 förpliktar Luleå tekniska universitet att betala 100 000 (etthundratusen) kr i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Luleå tekniska universitet har brutit mot LOU genom att den 9 mars 2011, den 10 maj 2011, den 11 maj 2011, den 20 maj 2011, respektive den 6 september 2011 ingå avtal med Carat Sverige AB avseende köp av tjänster utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU. Avtalens ingående utgör otillåtna direktupphandlingar. Universitetet ska därför åläggas att betala upphandlingsskadeavgift i enlighet med 17 kap. 1 § 3 LOU.

Omständigheter

Upphandlande myndighet

2. Luleå tekniska universitet (Universitetet) är en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU och har därmed skyldighet att följa det upphandlingsrättsliga regelverket vid upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader.

Universitetets köp av annonseringstjänster

3. Universitetet har under år 2011 köpt medietjänster från Carat Sverige AB (Carat). Avtalen har ingåtts per telefon eller e-postmeddelande. Efter ingångna avtal har Carat genomfört annonseringskampanjer i enlighet med Universitetets beställning och därefter fakturerat Universitetet för utfört arbete. Tjänsterna har bestått i publicering av platsannonser i flertalet tidningar avseende rekrytering till tjänster som utlysts vid Universitetet.
4. Konkurrensverkets talan har föregåtts av skriftväxling med Universitetet som ombetts att inkomma med uppgifter om vid vilka tidpunkter som avtal har ingåtts med Carat. Universitetet har genom noteringar på fakturor angett de tidpunkter då de avtal ingicks som är föremål för Konkurrensverkets talan, se bilagorna 1-6. Dessa avtal har ingåtts vid nedan angivna tidpunkter och uppgår till följande kontraktsvärden:

- Den 9 mars 2011 ingick Universitetet två avtal med Carat till ett sammanlagt värde av 571 629 kr (222 585 + 349 044), se faktura nr 158186 av den 22 mars 2011 (bilaga 1) respektive faktura nr 158548 av den 25 mars 2011 (bilaga 2).¹
- Den 10 maj ingick Universitetet ett avtal med Carat till ett värde av 9 778 kr, se faktura nr 162716 av den 9 juni 2011 (bilaga 3).

¹ Det uppmärksammas att de två fakturorna (faktura nr 158186 och nr 158548) innehåller delposter för vilka avtal om sådant arbete har träffats den 24 februari 2011 respektive vid okänd tidpunkt (se Universitetets noteringar). Dessa delposter omfattas inte av Konkurrensverkets talan, varför en reducerad del av fakturornas totala belopp ligger till grund för beräkningen av kontraktsvärdet i målet.

- Den 11 maj 2011 ingick Universitetet två avtal med Carat till ett sammanlagt värde av 495 434 kr (274 312 + 221 122), se faktura nr 161826 av den 25 maj 2011 (bilaga 4) respektive faktura nr 162090 av den 30 maj 2011 (bilaga 5).
- Den 20 maj 2011 ingick Universitetet ett avtal med Carat till ett värde av 11 880 kr, se faktura nr 161826 av den 28 juni 2011 (bilaga 4).
- Den 6 september 2011 ingick Universitetet ett avtal med Carat till ett värde av 84 062 kr, se faktura nr 166577 av den 19 september 2011 (bilaga 6).

5. De i punkt fyra angivna avtalen (sju stycken) benämns i det följande var för sig "Avtal" eller tillsammans "Avtalen".

Avtalens värde

6. Beräkningen av kontraktsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 15 kap. 3 a § LOU. Detta gäller vid upphandlingar vars värde understiger aktuellt tröskelvärde, vilket för närvarande uppgår till 1 233 401 kr för statliga myndigheter.
7. Av 15 kap. 3 a § LOU följer att en myndighet inte får dela upp planerade anskaffningar av en viss mängd tjänster i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena. Avtalens sammanlagda värde ska därför läggas till grund för beräkning av kontraktsvärdet i målet.
8. Universitetet har erlagt betalning för samtliga i punkten 4 angivna fakturor. Avtalens sammanlagda kontraktsvärde uppgår till 1 172 783 kr.

Otillåten direktupphandling

9. Av 15 kap. 3 § LOU följer att en myndighet som avser att tilldela ett kontrakt där värdet överstiger 15 procent av tröskelvärdet, ska annonsera upphandlingen såvida inte förutsättningar enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU föreligger eller om det finns synnerliga skäl. Detta innebär att alla presumtiva leverantörer ska beredas möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Upphandlande myndigheter får endast tilldela kontrakt genom direktupphandling under vissa särskilt föreskrivna omständigheter.
10. Det finns ingen legaldefinition av begreppet otillåten direktupphandling. I direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet) används dock begreppet otillåten

direkttilldelning.² I lagens förarbeten anges att tilldelning av kontrakt utan föregående offentliggörande av upphandlingen i fråga är avgörande för om otillåten direktupphandling ska anses föreligga. Genomförande av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, trots att villkoren för ett sådant förfarande inte har varit uppfyllda, utgör därför en otillåten direktupphandling. Ett sådant agerande aktualiserar bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift.³

11. Universitets ingående av Avtalen skulle ha föregåtts av en annonsering av upphandlingen enligt LOU. Så har emellertid inte skett. Några omständigheter som kunnat utgöra skäl för tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller synnerliga skäl i övrigt har inte förelegat. Universitetets agerande utgör därför en otillåten direktupphandling.

Närmare om Universitetets inställning i fråga om otillåten direktupphandling

12. Universitet har i samband med Konkurrensverkets utredning uppgett att Avtalen har ingåtts genom beställningar direkt via telefon eller e-post. Därutöver har angetts "att förutsättningar saknas för att kunna återropa särskilda bestämmelser eller omständigheter till stöd för LTU:s [Universitetets] förfaringssätt i samband med ifrågavarande inköp". Det sammanlagda värdet av köp från Carat uppskattas till 17,7 miljoner kr, se bilaga 7.
13. Därutöver noteras att Universitetet har angett att tidpunkten för ingående av Avtalen utgörs av de datum som Universitetet har skrivit på fakturorna (bilaga 1-6) som översänts till Konkurrensverket, se bilaga 7.
14. Universitetet har vidare beretts tillfälle att yttra sig över ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift och därvid vitsordat att man, vid de i punkt 4 angivna datumen, utan föregående annonsering upphandlat tjänster från Carat till ett sammanlagt belopp om drygt 1 500 000 kr, se bilaga 9.

Upphandlingsskadeavgift

15. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i enlighet med 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU får tillsynsmyndigheten ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en

² Se beaktandesats 13 i Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

³ Se prop. 2009/10:180 s. 188.

upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3 LOU.

16. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sådan kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten. Strikt ansvar gäller således.⁴
17. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Särskild hänsyn ska tas till överträdelsens grad av allvar vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek.⁵

Överträdelsens sanktionsvärde

18. Av förarbetena till 2010 års ändringar i LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften syftar till ett säkerställande av upphandlingsreglernas iakttagande samt korrekt användande av skattemedel.⁶ Utgångspunkten är att avgiften ska fastställas till ett belopp som medför att såväl den aktuella myndigheten som andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften uppgå till.⁷ I förarbetena erinras om att det föreskrivs i ändringsdirektivet att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.⁸
19. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktsvärde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan ha sänkande eller höjande inverkan på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlig och förutsebar beräkning av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vidare är även upphandlingskontraktets värde ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelsen typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.⁹ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt. Lagstiftaren har vid upprepade tillfällen framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff.

⁵ 17 kap. 4 och 5 §§ LOU.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 196.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 370.

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 197.

⁹ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa avgiftens storlek ska bli i det enskilda fallet.¹⁰

20. Såväl unionsrätten som den svenska lagstiftaren betraktar otillåtna direktupphandlingar som en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Detta bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.¹¹ En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, vilket innebär att avgiften i allmänhet bör fastställas till ett belopp motsvarande mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften enligt Konkurrensverkets uppfattning ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga sju till åtta procent av avtalets värde.

Försvårande omständigheter

21. I förevarande mål anser Konkurrensverket att försvårande omständigheter ska tillmätas betydelse vid fastställande av upphandlingsskadeavgiften. I denna del anförs särskilt följande.
22. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig den aktuella överträdelsen är.¹² I förarbetena poängteras särskilt att förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde. Det kan exempelvis vara fråga om ett *upprepat beteende* avseende förekomsten av otillåtna direktupphandlingar. Sådana upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet och ska därför tillmätas en negativ (höjande) verkan vid upphandlingsskadeavgiftens fastställande.¹³
23. Mot bakgrund av preskriptionsregeln i 17 kap. 7 § andra stycket LOU samt av processtekniska skäl avser Konkurrensverkets ansökan endast de otillåtna direktupphandlingar som anges i punkt 4 ovan. I förevarande fall har dock Universitetet genomfört inköp från Carat vid ett stort antal tillfällen under en längre period. Detta framgår av den sammanställning över Carats fakturor som tillhandahållits av Universitetet, [bilaga 8](#). Av fakturasammanställningen framgår att det totala belopp som Carat har fakturerat Universitetet under aktuell period uppgår till 14 617 058 kr.
24. Sammanställningen av Universitetets otillåtna direktupphandlingar, samtliga avseende reklamtjänster, visar att det rör sig om ett upprepat

¹⁰ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:Ju U53. Jfr även prop. 2009/10:180 s. 183.

¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

¹² 17 kap. 5 § LOU.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 198 och 370.

beteende. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är detta en omständighet som ska tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsvärdet på så sätt att upphandlingsskadeavgiften bestäms till ett högre belopp än vad som skulle ske i normalfallet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Avgiften bör därför bestämmas till ett belopp som ligger över mitten av den övre delen av skalan, se punkt 19-20.

Avgiftens storlek

25. Avtalens sammanlagda värde uppgår till 1 172 783 kr. Detta belopp ska läggas till grund för upphandlingsskadeavgiftens storlek. En upphandlingsskadeavgift om 100 000 kr utgör cirka 8,5 procent av kontraktsvärdet. Utifrån omständigheterna i målet är en sådan upphandlingsskadeavgift enligt Konkurrensverket en avskräckande och proportionerlig sanktion för de aktuella överträdelserna.

Per Karlsson

Magnus Ehn

Skriftlig bevisning som åberopas

Faktura nr 158186 av den 22 mars 2011 (bilaga 1)

Faktura nr 158548 av den 25 mars 2011 (bilaga 2)

Faktura nr 162716 av den 9 juni 2011 (bilaga 3)

Faktura nr 161826 av den 25 maj 2011 (bilaga 4)

Faktura nr 162090 av den 30 maj 2011 (bilaga 5)

Faktura nr 166577 av den 19 september 2011 (bilaga 6)

Universitetets skrivelse av den 28 oktober 2011 (bilaga 7)

Sammanställning över Carats fakturor till Universitetet (bilaga 8)

Universitetets skrivelse av den 3 februari 2012 (bilaga 9)