

Förvaltningsrätten i Karlstad
651 12 Karlstad

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Örebrokompaniet AB, Köpmangatan 9, 702 10 Örebro

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) beslutar att Örebrokompaniet AB (Örebrokompaniet) ska betala 220 000 (tvåhundraåtjugotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

**Grunder**

1. Örebrokompaniet ingick den 25 september 2019 två avtal med Bright Blue AB (Bright Blue) om genomförande av evenemanget Den magiska maskinen 2019 och ett särskilt Nyårsprogram, utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU, se bilaga 1 och 2. Det saknades förutsättningar att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Örebrokompaniet är ett av Örebro Rådhus AB helägt dotterbolag. Örebro Rådhus AB ägs i sin tur till 100 procent av Örebro kommun. Bolaget har till ändamål att bedriva marknadsföring av Örebro, främja privat- och affärsturism i Örebro samt bedriva turistbyråverksamhet.
3. Örebrokompaniet har i oktober 2017 och 2018 anlitat Bright Blue, ett koncept- och produktionsbolag inom kultur, nöje och event, för genomförandet av en projektionsshow, benämnd Slottsljus, som skulle visas på Örebro slott. Avtalen har inte föregåtts av annonsering enligt LOU.
4. I april 2019 godkände Örebrokompaniets styrelse ett förslag om att genomföra ett nytt julevenemang 2019.
5. Kontakt togs med Bright Blue för att de skulle utföra tjänsten.
6. Den 25 september 2019 ingick Örebrokompaniet ett skriftligt avtal med Bright Blue om produktion av evenemanget Den magiska maskinen 2019 för en projektionsshow under perioden den 14 december–den 31 december 2019 (DMM-avtalet). Samma dag ingick Örebrokompaniet ett separat avtal med Bright Blue om Nyårsprogrammet. Avtalet gavs inte skriftlig form. Någon annonsering enligt LOU har inte föregått avtalen. Det är dessa avtal som är grunden för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Avtalen med Bright Blue 2019 utgör nya avtal

7. Örebrokompaniet har anfört att uppsättningen av Den magiska maskinen 2019 inte innebär tilldelning av ett nytt kontrakt enligt LOU utan att det är grundavtalet från 2017 som gäller. Örebrokompaniet har anfört att konstverket är skapat för bolaget som valt att återkommande sätta upp produktionen. Det är grundavtalet som gäller varje gång Den magiska maskinen produceras. De förhandlingar som skett 2019 har handlat om kostnaderna för produktionen av de påföljande uppsättningarna av den ursprungliga konstnärliga prestationen.
8. Konkurrensverket konstaterar att avtalen 2017 och 2018, se bilaga 4 och 5, inte innehåller några villkor om tillhandahållande av tjänster under 2019.

Avtalen 2017 och 2018 innehåller alltså inga optioner eller villkor om framtida projektionsshower eller tillhandahållande av tjänster under 2019, utan avser produktion och visning under de i avtalen angivna tidsperioderna. Omständigheten att avtalet 2017 och Örebrokompaniets tidigare avtalsrelation med Bright Blue har legat till grund för förhandlingar inför tilldelning och undertecknande av nya kontrakt om evenemanget Den magiska maskinen 2019 och Nyårsprogrammet innebär inte att dessa kontrakt inte ska tilldelas efter ett nytt upphandlingsförfarande. Konkurrensverket bedömer således att avtalen om evenemanget Den magiska maskinen 2019 och Nyårsprogrammet utgör nya avtal i förhållande till de tidigare avtalen.

Avtalen med Bright Blue den 25 september 2019 utgör en otillåten direktupphandling

9. Avtalen gäller reklam- och evenemangstjänster. Enligt Konkurrensverkets mening avser upphandlingen sådana tjänster som inte finns upptagna i bilaga 2 eller 2 a till LOU. DMM-avtalet och avtalet om Nyårsprogrammet utgör således tjänstekontrakt som ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU (1 kap. 21 § LOU).
10. Enligt huvudregeln i LOU ska tjänstekontrakt upphandlas genom ett annonserat förfarande. Vilka regler i lagstiftningen som ska tillämpas på en upphandling avgörs av de så kallade tröskelvärdena. Tröskelvärdet för varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter är 2 096 097 kronor. Om värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet ska upphandlingen annonseras enligt 10 kap. 1 § LOU om inga undantag är tillämpliga.

Upphandlingens värde

11. Enligt 5 kap. 3 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen ska inbegripa värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
12. Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt (5 kap. 3 § LOU).
13. De aktuella avtalen har ingåtts samma dag och rör tjänster under julperioden 2019 för att marknadsföra Örebro som stad. Det hänvisas också i DMM-avtalet till det muntliga avtalet om Nyårsprogrammet. Det framstår närmast som en praktikalitet att avtalet om Nyårsprogrammet brutits ut ur

DMM-avtalet och avtalet skulle lika gärna kunna utgöra en bilaga till DMM-avtalet. Konkurrensverket anser av vad som framkommit att avtalen ingår i samma upphandling. Avtalens värde ska således läggas samman vid beräkning av upphandlingens värde.

14. Enligt DMM-avtalet ska Örebrokompaniet betala 2 630 000 kronor till Bright Blue för Den Magiska Maskinen 2019. Kostnaden för nyårsprogrammet är enligt avtalet 300 000 kronor. Avtalens värde ska därmed beräknas till 2 930 000 kronor.
15. Eftersom Upphandlingens värde överstiger tillämpligt tröskelvärde borde den ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU, förutsatt att något av de särskilt angivna undantagen i LOU inte är tillämpliga.

Det föreligger inga undantag från kravet på annonsering

16. Örebrokompaniet har anfört att det är fråga om en tillåten direktupphandling på grund av att undantaget i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU, dvs. att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva en unik konstnärlig prestation, är tillämpligt.
17. Enligt 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Bestämmelsen ska precis som övriga undantag från annonseringsskyldigheten tillämpas restriktivt.¹
18. Av praxis framgår att det inte krävs att den upphandlande myndigheten ska kunna påvisa att ingen annan leverantör kan skapa ett likvärdigt konstverk. Avgörande för bedömningen av bestämmelsens tillämplighet är i stället att den upphandlande myndighetens krav och önskemål på den konstnärliga gestaltningen inte är för allmänt hållna utan visar på syftet att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.² Valet av leverantör kan därmed komma att till stor del baseras på estetiska bedömningar.³

¹ Se bland annat mål 199/85 Kommissionen mot Italien punkt 14, C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland punkt 58, C-385/02 Kommissionen mot Italien, punkt 19, C-394/02 Kommissionen mot Grekland, punkt 33 och C-26/03 Stadt Halle, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

² Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9238-18. Jfr även HFD:s avgörande RÅ 2009 not 134 där uppdragsbeskrivningen ansågs för allmänt hållen för att tillåta en tillämpning av undantagsbestämmelsen.

³ Se HFD:s avgörande RÅ 2008 ref. 79.

19. Av DMM-avtalet framgår att Örebrokompaniet anlitar Bright Blue som producent, "creative director" och projektledare. Tjänsten kan utföras av Bright Blue eller någon av dem anlita underleverantör.
20. Avtalet har inte, såvitt framkommit, föregåtts av någon särskild urvalsprocess, utan Örebrokompaniet har anlitat Bright Blue som tidigare satt upp evenemanget.
21. Örebrokompaniet har inför avtalet om evenemanget Den magiska maskinen under perioden april–juni 2019 haft flera möten med Bright Blue om de krav Örebrokompaniet har på evenemanget. Vid dessa möten har Örebrokompaniet uttalat sig om utformningen av evenemanget på ett övergripande sätt. Bolaget har vidare anfört att samma krav ska gälla som de föregående åren nämligen krav på tekniken för showen, att Örebro slott ska användas, att det ska vara ett snabbt tempo i showen och att de karaktärer som funnits i tidigare upplagor av Den magiska maskinen ska vidareutvecklas. Det har alltså inte ställts några särskilda krav på projektionsshowens konstnärliga innehåll, förutom det sistnämnda som inte heller är något specifikt krav. Avtalet om Nyårsprogrammet, som brutits ut från DMM-avtalet, har föregåtts av samma krav från Örebrokompaniets sida.
22. Konkurrensverket bedömer att det som framkommit under utredningen hos verket inte ger stöd för att syftet med upphandlingen varit att skapa eller förvärva en unik konstnärlig prestation i den mening som avses i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU. Kraven för att undantaget för konstnärlig prestation ska vara tillämpligt är alltså inte uppfyllda. Av omständigheterna framgår inte heller att något annat undantag från kravet på annonsering kan anses föreligga.
23. Eftersom upphandlingens värde överstiger tillämpligt tröskelvärde och några undantag från annonsering inte är tillämpliga borde den ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU. Avtalen utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

24. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det krävs inte 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.

25. 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.
26. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 5 kap. 3 § LOU. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 2 930 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 293 000 kronor.
27. 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.
28. 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.
29. 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. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.
30. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets bedömning varken försvårande eller förmildrande. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 220 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Rosemarie Jansson Håvik

Bifogas

Bilaga 1 – DMM-avtalet

Bilaga 2 – Anteckningar om det muntliga avtalet om Nyårsprogrammet

Bilaga 3 – Avtalet om Den magiska maskinen 2017

Bilaga 4 – Avtalet om Den magiska maskinen 2018