

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20 Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Lunds universitet, Box 117, 221 00 Lund

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 Lunds universitet ska betala 230 000 (tvåhundratrettio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Lunds universitet har brutit mot 10 kap. 1 § LOU genom att senast den 19 december 2017 ingå avtal om budtjänster med World Courier Sweden AB (World Courier) avseende leverans från RayBiotech USA till Skånes universitetssjukhus i Lund utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket har granskat Lunds universitets inköpsverksamhet. Under granskningen framkom bl.a. uppgifter om att universitetet köpt kurir- och budtjänster till ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen. Med anledning av detta inledde Konkurrensverket ett ärende. Under utredningen framkom bl.a. följande.
3. Under 2017 har Lunds universitet köpt kurir- och budtjänster från Federal Express Corporation, DHL Global Forwarding Sweden AB, TNT Sverige AB och World Courier. Tjänsterna har köpts löpande och vid ett stort antal tillfällen under året. Lunds universitet har inte tecknat något centralt avtal för tjänsterna. Det har dock framkommit att universitetet har ingått avtal för vissa delar av myndighetens behov av de aktuella tjänsterna.
4. Under Konkurrensverkets utredning har det vidare framkommit att universitetets medicinska fakultet har direktupphandlat ett avtal med World Courier avseende transport av serum från RayBiotech USA till Skånes universitetssjukhus i Lund. Universitetet har inte kunnat ange datum för ingående av avtalet, men den för avtalet utställda fakturan är upprättad den 19 december 2017, se bilaga 1. Avtalet har därmed ingåtts senast detta datum. Avtalet har inte föregåtts av annonsering enligt LOU. Det är universitetets nämnda avtal med World Courier som är föremål för Konkurrensverkets ansökan.
5. Under Konkurrensverkets utredning har universitetet även påtalat att det funnits osäkerhet hos myndigheten i fråga om vilka upphandlingar som omfattades av annonseringsskyldighet. Universitetet har förklarat att de endast antagit att avtal med enskilda leverantörer som uppgår till större belopp borde ha annonserats.

Avtalets karaktär och värde

6. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det aktuella tröskelvärdet (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 tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹

7. Av 5 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Vidare följer av 5 kap. 11 § LOU att värdet av tjänstekontrakt som regelbundet återkommer ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret.
8. Av bilaga 1 framgår att World Courier fakturerat universitetet 14 106 kronor (exkl. moms) för det avtal som ansökan avser. Mot bakgrund av universitetets omfattande och frekventa användning av kurir- och budtjänster anser Konkurrensverket att dessa utgör regelbundet återkommande tjänster och att samtliga avtal om sådana köp som universitetet ingått under den föregående tolv månadersperioden utgör liknande kontrakt. I denna del vill Konkurrensverket särskilt uppmärksamma följande.
9. Tjänsterna har utgjorts av transporter till eller från universitetets lokaler. Typen av gods som har transporterats har varierat, men uppfyller gemensamt universitetets behov av in- och utgående transporter av varor. Avtalen avser därmed utförandet av kurir- och budtjänster som varit avsedda att täcka liknande behov av transporter hos den upphandlande myndigheten. Av utdrag ur universitetets ekonomisystem framgår att de anlitate leverantörerna har utfört transporter av olika typer av varor, däribland inom medicin- och hälsovårdssektorn, till och från ett stort antal geografiska områden. Tjänsterna är sådana som typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör.²

¹ 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.

² Jfr S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. och artikel 5.9 och skäl 19 i direktiv 2014/24/EU.

10. Under Konkurrensverkets utredning har det framkommit att Lunds universitet köpt kurir- och budtjänster med fakturadatum under perioden från och med den 20 december 2016 till och med den 19 december 2017 från de fyra aktuella företagen enligt följande:³

TNT	World Courier	Federal Express	DHL	Totalt
1 037 354 kr	834 105 kr	691 862 kr	495 989 kr	3 059 310 kr

11. Som påtalats ovan (punkt 4) har universitetet inte kunnat precisera tidpunkten för ingåendet av det avtal som fakturerades den 19 december 2017 och som är föremål för Konkurrensverkets talan. Det är därför inte möjligt att exakt ange det sammanlagda värdet av liknande kontrakt som myndigheten upphandlat under den tolv månadersperiod som föregått *avtalsingåendet*.
12. Universitetets köp av kurir- och budtjänster har emellertid skett löpande och vid ett stort antal tillfällen under 2017. Dessa tjänster har utförts och fakturerats kort tid efter avtalsingående. Enligt Konkurrensverket måste det därför kunna antas att det totala värdet av liknande kontrakt som universitetet upphandlat under den tolv månadersperiod som föregått *avtalsingåendet* uppgår till motsvarande belopp (3 059 310 kronor), vilket vida överstiger det då gällande tröskelvärdet (1 233 941 kronor). Det avtal som är föremål för ansökan omfattas således av bestämmelserna i den direktivstyrda delen av LOU.⁴

Avtalet mellan Lunds universitet och World Courier utgör en otillåten direktupphandling

13. Eftersom upphandlingens värde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle universitetet ha annonserat upphandlingen enligt 10 kap. 1 § LOU. Detta gäller under förutsättning att något undantag från annonseringsplikten inte förelegat.
14. Under Konkurrensverkets utredning har universitetet inte gjort gällande att det aktuella avtalet omfattas av något undantag från annonseringsskyldigheten. Enligt Konkurrensverket föreligger heller inte några omständigheter som medför tillämpning av sådant undantag. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

³ Angivna belopp exkl. moms.

⁴ 1 kap. 4 § första stycket LOU.

Upphandlingsskadeavgift

15. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁵ 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.⁶
16. 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.⁷
17. 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.⁸ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 3 059 310 kronor (se punkt 12 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 305 931 kronor ($3\,059\,310 \times 0,1$).
18. 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.¹⁰
19. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, 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. Av betydelse är bl.a. den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹ 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. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de

⁵ 21 kap. 1 § 3 LOU.

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁷ A. prop. s. 196–197.

⁸ 21 kap. 4 § LOU.

⁹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁰ 21 kap. 5 § LOU.

¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹² A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³

20. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Konkurrensverket ansöker denna dag om att Lunds universitet ska påföras upphandlings-skadeavgift avseende ytterligare tre avtal som universitetet ingått genom otillåtna direktupphandlingar under 2017. Dessa sammanlagt fyra otillåtna direktupphandlingar har genomförts under en begränsad period och utgör enligt Konkurrensverket försvårande omständigheter som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.¹⁴
21. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 230 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelserna.

Övrigt

22. Konkurrensverket vill upplysa om att verket denna dag har lämnat in ytterligare tre ansökningar om upphandlingsskadeavgift mot Lunds universitet till Förvaltningsrätten i Malmö (Konkurrensverkets dnr 482/2018, 484/2018 och 485/2018).

Tove Kockum

Kristoffer Sällfors

Bilagor

1. Utdrag ur Lunds universitets ekonomisystem visande uppgifter om faktura från World Courier till Lunds universitet av den 19 december 2017

¹³ 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.

¹⁴ Jfr a. prop. s. 197–198 och s. 369–370.