

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 75 000 (sjuttiofem tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Lunds universitet har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 29 september 2017 ingå avtal om konferenstjänster av Örenäs Slott Hotell & Konferens AB (Örenäs slott) 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 konferenstjänster till ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen under 2017. Med anledning av detta inledde Konkurrensverket ett ärende. Under utredningen framkom bl.a. följande.
3. Under 2017 har Lunds universitet köpt konferenstjänster vid ett flertal tillfällen från leverantörerna Örenäs slott och Häckeberga slott. Av utredningen framgår att universitetets utbetalningar till de två leverantörerna under 2017 uppgick till sammanlagt 954 061 kronor (exkl. moms), varav 767 487 kronor till Örenäs slott och 186 574 kronor till Häckeberga slott. Samtliga utbetalningar avser köp av konferenstjänster.
4. Av Konkurrensverkets utredning framgår att köpen avser hyra av konferenslokal med tillhörande konferenspaket (fika, lunch etc.) och i vissa fall även middag och logi. Såväl Örenäs slott som Häckeberga slott har under 2017 levererat konferenstjänster såväl med som utan middag och logi. Av utredningen framgår vidare att köpen huvudsakligen har genomförts genom att företrädare för universitetet har kontaktat utvald leverantör och efterfrågat en offert avseende önskade tjänster. Universitetet har därefter mottagit och godkänt sådan offert. Varje enskilt avtal om köp av konferenstjänster har således föregåtts av beställningar från universitetet. Det är den enskilde företrädaren för myndigheten som har valt vilken av leverantörerna som ska anlitas vid respektive konferens. Lunds universitet saknade centralt avtal för köp av konferenstjänster under den aktuella perioden. De ingångna avtalen med Häckeberga slott respektive Örenäs slott har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU.
5. Bland de avtal som universitetet ingått med de två leverantörerna återfinns ett avtal med Örenäs slott av den 29 september 2017, se bilaga 1. Avtalets ingående föregicks av att universitetet mottog en offert från Örenäs slott den 28 september 2017. Företrädare för universitetet accepterade offerten genom elektronisk signering den 29 september 2017. Av avtalet och den underliggande offerten framgår att köpet omfattar en konferens (lokal, för- och eftermiddagskaffe samt lunch) inklusive middag och logi för 55 personer i

december 2017. Avtalet föregicks inte av annonsering enligt LOU. Det är avtalet av den 29 september 2017 som är föremål för Konkurrensverkets ansökan.

6. Under Konkurrensverkets utredning har universitetet även anfört 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

7. Av den till avtalet underliggande offerten framgår att avtalets uppskattade värde uppgår till 123 655 kronor (exkl. moms). När det beräknade värdet av en upphandling understiger det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § LOU ska den genomföras med tillämpning av 19 kap. LOU.¹
8. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § 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.²
9. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vidare ska värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten har gjort under räkenskapsåret läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.
10. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika direktupphandlingar ska anses vara av samma slag krävs inte att de är identiska. Det måste dock föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelserna. När det särskilt gäller

¹ 1 kap. 4 § andra stycket LOU. Tröskelvärdet uppgick 2017 till 1 233 941 kronor och direktupphandlingsgränsen till 534 890 kronor.

² 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.

upphandling av tjänster bör det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de ska anses vara av samma slag.³

11. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör samtliga ovan beskrivna konferenstjänster som universitetet köpt av Örenäs slott och Häckeberga slott under 2017 direktupphandlingar av samma slag i den mening som avses i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU. Samtliga avtal har avsett hyra av konferenslokal med tillhörande konferenspaket (fika, lunch etc.) och i vissa fall därutöver middag samt logi. Avtalen avser därmed utförandet av tjänster med påtagliga likheter inom konferensområdet och som varit avsedda att täcka liknande behov hos den upphandlande myndigheten. Vidare har tjänsterna utförts av samma leverantörer och tjänsterna är sådana som typiskt sett tillhandahålls av samma leverantör.⁴ Vid beräkning av kontraktsvärdet för avtalet av den 29 september 2017 ska således även värdet för övriga direktupphandlingar avseende konferenstjänster under 2017 beaktas.
12. Som tidigare redovisats i punkt 3 har universitetet betalat sammanlagt 954 061 kronor (exkl. moms) till Örenäs slott och Häckeberga slott för konferenstjänster som myndigheten köpt under 2017. Värdet av avtalet av den 29 september 2017 ska därmed beräknas till nämnda belopp och överstiger således direktupphandlingsgränsen (534 890 kronor), men understiger det då gällande tröskelvärdet (1 910 323 kronor). Avtalet omfattas därmed av bestämmelserna i 19 kap. LOU.⁵

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

13. Eftersom upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle universitetet ha annonserat upphandlingen enligt 19 kap. 9 § 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 Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 74.

⁴ 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. Resonemanget avser sammanräkningsreglerna i direktiv 2014/24/EU, således de som återfinns i 5 kap. LOU men bör vara relevant även för reglerna i 19 kap. LOU, se prop. 2009/10:180 del 1 s. 293.

⁵ 1 kap. 4 § andra 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.⁶ 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.⁷
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.⁸
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.⁹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 954 061 kronor (se punkt 12 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 95 406 kronor ($954\,061 \times 0,1$).
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.¹¹
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.¹² 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.¹³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de

⁶ 21 kap. 1 § 3 LOU.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁸ A. prop. s. 196–197.

⁹ 21 kap. 4 § LOU.

¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹¹ 21 kap. 5 § LOU.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹³ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴

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.¹⁵
21. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 75 000 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, 483/2018 och 484/2018).

Tove Kockum

Kristoffer Sällfors

Bilagor

1. Avtal mellan Lunds universitet och Örenäs Slott av den 29 september 2017.

¹⁴ 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.

¹⁵ Jfr a. prop. s. 197–198 och s. 369–370.