



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2012-03-20
Meddelad i
Luleå

Mål nr
2166-11 E
D5

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun
Inköpsavdelningen
971 85 Luleå

KONKURRENSVERKET	
2012 -03- 2 1	
Avd	JU
Dnr	654/2012
Dess	862 Akbil

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Luleå kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 100 000 kr.

Dok.Id 26259

Postadress
Box 849
971 26 Luleå

Besöksadress
Skeppsbrogatan 41

Telefon
0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
0920-29 54 98

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska förplikta Luleå kommun att betala en upphandlingsskadeavgift om 100 000 kr då kommunen den 6 november 2010 ingått ett avtal med Infotool Data AB (Infotool) avseende köp av varor och tjänster utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU. Avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Kommunen ska därför åläggas att betala upphandlingsavgift enligt 17 kap. 1 § 3 LOU.

Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket bl.a. följande.

Luleå kommun har tidigare genom ett avtal den 16 juni 2006 köpt licenser till programvara för datorer från Infotool. Avtalstiden löpte ut den 31 december 2010. Då avtalet inte reglerade kommunens köp av varor och tjänster efter detta datum och inte heller innehöll några möjligheter till förlängning av avtalstiden förutsatte således kommunens eventuella inköp från Infotool från och med den 1 januari 2011 ett ingående av ett nytt avtal.

Luleå kommun har den 6 november 2010 utan föregående annonsering ingått ett nytt avtal med Infotool. Avtalet trädde i kraft den 1 januari 2011 och avser tiden fram till och med den 31 december 2012. Avtalet innehåller också en förlängningsklausul vilket innebär att kommunen har möjlighet att förlänga avtalstiden med ytterligare två år. Avtalet omfattar köp av licenser samt möjligheter för kommunen att avropa konsultarbete i form av ”närliggande utvecklingstjänster” från Infotool. Därutöver har kommunen rätt att nyttja optioner avseende köp av utbildning för kommunens personal respektive ytterligare licenser för datorprogram.

Den omständigheten att kommunen uppmärksammat utgången av tidigare ingånget avtal med så pass kort framförhållning att det inte fanns tid att genomföra en ny upphandling i tid utgör inte ett giltigt skäl till att frångå

ett annonserat förfarande vid upphandlingen av de aktuella varorna och tjänsterna. Synnerlig brådska har inte heller förelegat då detta bl.a. förutsätter att den upphandlande myndigheten inte kunnat förutse de omständigheter som orsakat sådan tidsnöd. Det har under fyra år varit känt för kommunen att det tidigare avtalet skulle löpa ut vid utgången av år 2010. Vidare ger ingånget avtals rubricering (Tilläggsavtal avseende Analys- och Rapportprogram) intryck av att kommunen i huvudsak har beaktat det som en förlängning av tidigare ingånget avtal.

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. Avgiften, som i allmänhet bör fastställas till belopp motsvarande mellan fem och tio procent av avtalets värde, bör därför om det inte föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter ligga i mitten av den högre skalan, dvs. mellan sju och åtta procent av avtalets värde.

Den typ av överträdelse som är aktuell i detta fall är en av de vanligaste formerna av otillåtna direktupphandlingar. Konkurrensverket har i sin roll som tillsynsmyndighet erfarit att det ofta förekommer att upphandlande myndigheter, när ett pågående avtal är på väg att löpa ut, inte genomför en ny upphandling utan istället väljer att förlänga avtalet med den befintliga leverantören, trots att förlängningsmöjligheter saknas i det ursprungliga avtalet. Starka skäl talar därför för att avgiften sätts till ett relativt betydande belopp i förhållande till upphandlingens storlek.

Kontraktsvärdet kan i detta fall i vart fall beräknas till totalt 1 288 563 kr (258 460 kr x 4 + 160 000 kr + 8 700 kr + 86 023 kr). Det framräknade värdet bygger på uppgifter hämtade från ingånget avtal samt uppgifter som kommunen lämnat. En upphandlingsskadeavgift om 100 000 kr utgör cirka

7,7 procent av kontraktsvärdet och utgör en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Luleå kommun yrkar i första hand att förvaltningsrätten inte ska besluta om avgift alternativt att avgiften efterges och i andra hand om förvaltningsrätten finner att kommunen ska förpliktas att erläggas avgift att avgiften bestämmas till ett väsentligt lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat.

Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande.

Luleå kommun medger att i allt väsentligt är Konkurrensverkets redogörelse av kommunens tidigare affärsförbindelse med Infotool rätt beskriven. Kommunen har inte heller något att erinra mot Konkurrensverkets beskrivning av det nya avtalet som ingåtts med Infotool.

Kommunen framhåller att det inte är fråga om något medvetet kringgående av regelverket från kommunens sida. Anledningen till att avtalet inte föregåtts av något annonsförfarande har sin grund i att kommunen i ett sent skede uppmärksammade att det avtal som kommunen ingått under år 2006 var på väg att löpa ut och att kommun då fann att det inte var möjligt att hinna med någon ny upphandling innan avtalet skulle löpa ut. I den brådska som förelåg ingicks därför det nya avtalet med stöd av bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU. Även om avtalet inte förgicks av ett annonsförfarande i enlighet med LOU så har kommunen ändå försökt att iaktta de principer som gäller vid upphandling genom att begära offert också från annan leverantör än Infotool, varvid Infotools erbjudande framstod som mest fördelaktigt. Därigenom har den leverantör som tilldelades kontraktet konkurrensutsatts. Ingånget avtal skulle dessutom endast tillämpas fram till dess att en ny upphandling genomförts. Det kan då tyckas att det är olämpligt med en så lång avtalstid som två år med möjlighet till två års förlängning. Kommunen är dock inte bunden under så lång tid utan har möjlighet att säga upp avtalet med så kort varsel som tre månader. Ingånget avtal i

sig innebär därför inte att andra leverantörer utestängts från möjligheten att konkurrera under lång tid. Att avsikten med avtalet var en tillfällig lösning visar sig också på det sättet att kommunen påbörjat en ny ramavtalsupphandling avseende statistikprogramvara och programvara. Detta förfarande har inletts innan Konkurrensverket aviserat att det hade för avsikt att vidta åtgärder mot kommunen. Upphandlingen är i ett slutskede och så snart upphandlingen slutförts kommer kommunen vidta åtgärder för att avtalet med Infotool ska upphöra.

Kommunen har inga invändningar mot Konkurrensverkets beräkning av det aktuella avtalets värde (1 288 563 kr). Det framräknade kontraktsvärdet är emellertid avsevärt större än vad kommunen kommer att betala. Det är riktigt att kommunen betalat en årsavgift för 2011 om 258 460 kr, köpt näraliggande utvecklingstjänster för 8 700 kr, betalat engångsavgifter med 160 000 kr samt köpt utbildning för 35 000 kr. Sedan avtalet trädde i kraft har kommunen erlagt sammanlagt 462 160 kr till Infotool. Det finns inga planer på att utnyttja ytterligare optioner. En ny upphandling av aktuella program pågår och så snart den avslutats kommer kommunen att se till att det ifrågasatta avtalet kommer att upphöra. Det innebär att några förlängningar av avtalet enligt förlängningsklausulerna inte kommer att se. Dessa förhållanden utgör skäl för att inte besluta om avgift alternativt jämka beloppet avsevärt.

Såväl **Konkurrensverket** som **Luleå kommun** har därefter i yttranden vidhållit sin inställning.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 17 kap. 1 § LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeav-

gift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § samma lag.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. 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.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska, enligt 17 kap. 5 § LOU, särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Vid beräkning av värdet av ett kontrakt ska, enligt 15 kap. 3 a § LOU, det uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkning ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I målet är ostridigt att Luleå kommun den 6 november 2010 ingått ett nytt avtal (tilläggsavtal) med Infotool avseende köp av varor och tjänster samt att kommunen inte annonserat upphandlingen.

Av förarbetena framgår att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling (se prop. 2001/02:142 s. 99).

Kommunen har gjort gällande att anledningen till att avtalet inte föregåtts av något annonsförfarande berodde att kommunen i ett sent skede upptäckt att det avtal som kommunen ingått under år 2006 med Infotool var på väg att löpa ut. Det var då inte möjligt att hinna med någon ny upphandling

innan avtalet skulle löpa ut vid årsskiftet 2010/11. I den brådska som då uppstod tillämpades bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU.

Av utredningen i målet framkommer att den tidsnöd som kommunen hamnat i sannolikt hade sin grund i bristande planering. Den av kommunen åberopade omständigheten kan därför inte anses som ett godtagbart skäl till att använda sig av ett förfarande utan föregående annonsering (jfr Kamrarrätten i Göteborgs avgöranden, mål nr 784-10 och 1501-10). Enligt förvaltningsrättens mening har Luleå kommun inte heller i övrigt anfört någon annan godtagbar anledning och därmed kunnat visa att det föreligger förutsättningar för undantag från annonsering. Kommunen har således genomfört en s.k. otillåten direktupphandling. Förutsättningar för att påföra kommunen en upphandlingsskadeavgift föreligger således.

Fråga uppkommer härefter om överträdelsen är att anse som ringa eller om sådana synnerliga skäl föreligger att avgiften kan efterges.

Luleå kommun har anfört att den i viss mån konkurrensutsatt den antagna leverantören genom att begära offert från annan leverantör. Kommunen har vidare påtalat att det ingångna avtalet endast var avsett att tillämpas fram till dess att en ny upphandling genomförts och att en ny upphandling av aktuella program pågår. Det har inte heller varit fråga om ett medvetet kringgående av gällande bestämmelser. Kommunen har också framhållit att den förbättrat sina rutiner.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 192 ff) anges att avgiftsskyldigheten bygger på ett strikt ansvar. Upphandlingsavgift kan således påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten.

Konkurrensverket har i sin ansökan särskilt framhållit att även om en myndighet tar in anbud från andra leverantörer kan detta inte ersätta den kon-

kurrensutsättning som en annonserad upphandling innebär där alla potentiella leverantörer bereds möjlighet att delta. Förvaltningsrätten delar den uppfattningen. Av handlingarna i målet framgår vidare att det aktuella avtalet ingåtts nästan två månader innan det föregående avtalet löpte ut. Så som Konkurrensverket anfört är det därför inte uteslutet att Luleå kommun borde ha haft utrymme till att göra en mer omfattande konkurrensutsättning än som varit fallet. Mot kommunens påstående om att det skulle röra sig om en tillfällig lösning talar den omständigheten att avtalstiden uppgår till två år och att den tiden kan förlängas med ytterligare två år samt det förhållandet att kommunen då den uppmärksammade att avtalet var på väg att löpa ut inte omedelbart inlett ett annonserat upphandlingsförfarande. Kommunens invändningar om att det aktuella avtalet har en kort uppsägningstid och att en ny upphandling påbörjats innan ens Konkurrensverket aviserat att det planerade att vidta åtgärder är inte heller enligt förvaltningsrättens mening sådana omständigheter som gör förfarandet ursäktligt.

Vid en sammantagen bedömning finner således Förvaltningsrätten att kommunens förfarande inte kan bedömas som ringa. Det har inte heller framkommit några omständigheter som visar att det föreligger synnerliga skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften.

Härefter återstår att pröva frågan hur stor upphandlingsskadeavgift som kommunen ska åläggas att betala.

Avgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU vara mellan 10 000 kr och 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket har beräknat värdet på det aktuella avtalet till 1 288 563 kr.

I 15 kap. 3a § LOU anges att kontraktsvärdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkning ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Därmed saknas det

betydelse om det i efterhand framkommer att avtalets värde blev lägre än det maximala belopp som kunde komma att betalas. Enligt förvaltningsrättens mening finns med hänsyn härtill – trots kommunens invändning om att avtalet inte kommer att nyttjas fullt ut – inte skäl att frångå Konkurrensverkets beräkning av värdet. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kr – 128 856 kr (kontraktsvärdet i kr x 0.1). Det yrkade beloppet ligger inom den gränsen.

Så som Konkurrensverket anfört anses otillåtna direktupphandlingar vara allvarliga överträdelser. De bör därför leda till höga sanktionsvärden (jfr prop. 2009/10:180 s. 197 och s. 370). Förvaltningsrätten anser att det av Konkurrensverket yrkade beloppet, som uppgår till cirka 7,7 procent är väl avvägt. Vad kommunen anfört medför ingen annan bedömning. Ansökan ska följaktligen bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C)


Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.