



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-06-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
30512-13

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Stockholms läns landsting ska betala en upphandlingsskadeavgift om 3 000 000 kronor.

Dok.Id 482742

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Stockholms läns landsting (SLL) ska betala 3 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Otillåten direktupphandling

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket i huvudsak följande. SLL har brutit mot LOU genom att den 19 december 2012 ändra villkoren i ett den 26 september 2011 ingånget ramavtal (Ramavtal 1) med Ricoh Sverige AB (Ricoh). Ändringarna innebar att ett nytt avtal slöts mellan SLL och Ricoh. Ändringarna innebar följande. Antalet typkonfigurationer minskades från 19 till 13 stycken. Skrivarna/kopiatorerna för fem av de ursprungliga typkonfigurationerna har bytts ut mot nya versioner. Övriga typkonfigurationer har tagits bort och nya har tillkommit. Den nya prisbilagan innehåller även nya avropspriser. Priserna höjdes för köp av typkonfigurationer med 15-49 procent. Återköpsvärdet, dvs. det belopp som Ricoh ska betala till SLL när myndigheten säljer tillbaka typkonfigurationerna, har sänkts från mellan 90-100 procent under år 4-6 till 11,8 procent och återköpsvärdet påverkas inte längre av tidpunkten för återköpet utan avräknas direkt från avropspriset. Vidare blev även priserna på serviceåtagandena föremål för ändringar innebärande att bl.a. kostnadsposterna blev färre och att priserna för utskrift/kopia justerades. Avropsföremålen utökades också till att omfatta även hyra av typkonfigurationer. Enligt Konkurrensverkets uppfattning innebär samtliga av dessa ändringar – *var och en för sig* – att det föreligger betydande skillnader mellan Ramavtal 1 och överenskommelsen den 19 december 2012. Överenskommelsen har därmed inneburit ändringar av väsentliga villkor i Ramavtal 1, vilket också har varit parternas avsikt med omförhandlingen. Därigenom utgör ändringarna ett ingående av ett nytt kontrakt mellan parterna. SLL och Ricoh ingick

således ett nytt ramavtal den 19 december 2012 (Ramavtal 2). Avtalet ingicks utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Det sätt på vilket Ricoh har tillåtit ändra de ursprungliga priserna för försäljning av typkonfigurationer till SLL har inte stöd i förfrågningsunderlaget eller i Ramavtal 1. Förhandlingsklausulen i Ramavtal 1 påverkar inte de rättsliga förutsättningarna för ändringar i ett offentligt kontrakt. Parterna i ett sådant kontrakt kan nämligen inte "avtala bort" innehållet i gällande rätt genom att ta in en klausul som utökar möjligheterna att ändra villkoren i det upphandlade kontraktet.

Kontraktsvärdet för Ramavtal 2

Beräkningen av avtalsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 15 kap. 3 a § LOU när det är frågan om avtal om köp av B-tjänster. Av 15 kap. 3 a § LOU följer att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Av de uppgifter som SLL har tillhandahållit Konkurrensverket framgår att myndigheten avropade typkonfigurationer till ett sammanlagt värde av 7 857 961 kr under perioden den 21 januari 2013 – den 19 augusti 2013. Av detta belopp härrör sig 4 357 108 kr till avrop av hyra respektive 3 500 853 kr till avrop av köp. Detta ger ett uppskattat avropsvärde på 1 122 566 kr månad. På fråga från Konkurrensverket har SLL uppskattat värdet av serviceåtagandena till 100 000 kr per månad. Konkurrensverket ser inte anledning att ifrågasätta ett sådant belopp. Den återstående kontraktstiden för Ramavtal 2 uppgår till 33 månader. Det totala värdet av Ramavtal 2 uppgår således till 40 344 678 kr.

Upphandlingsskadeavgift

Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avgiften bör således ligga i den övre delen av skalan och vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. En upphandlingsskadeavgift om 3 000 000 kr utgör cirka 7,5 procent av avtalets värde och är enligt Konkurrensverkets mening vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i målet en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

SLL bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan. För det fall förvaltningsrätten skulle anse att SLL gjort sig skyldig till åsidosättande av LOU yrkar SLL att upphandlingsskadeavgiften fastställs till ett avsevärt lägre belopp eller nedsätts helt. SLL yrkar vidare att förvaltningsrätten avvisar Konkurrensverkets talan i de delar som avser det korrekt upphandlade ramavtalet från år 2011.

Till stöd för sin talan anför SLL i huvudsak följande. Den omförhandling som i slutet av år 2012 inleddes mellan SLL och Ricoh hade sin grund i bl.a. förändring i SLL IT:s organisation. Vid omförhandlingen diskuterades bl.a. förändrade roller, minskningen av antalet typkonfigurationer, priser, volymer och återköpsvärden.

Det har inte förelegat skyldighet att annonsera, varför det inte finns grund för upphandlingsskadeavgift. SLL har gjort tillåtna ändringar i det korrekt upphandlade avtal som ingicks med Ricoh under år 2011. Ändringarna är

inte att anse som väsentliga ändringar och innebär inte att ett nytt avtal har ingåtts eller att en ny upphandling skulle ha genomförts. Om ändringarna i ramavtalet ska betraktas som väsentliga förändringar har det ändå inte förelegat annonskyldighet eftersom 4 kap. 8 § LOU om tilläggsköp är tillämplig. För det fall förvaltningsrätten finner att ändringarna i det upphandlade ramavtalet skulle ha annonserats bör upphandlingsskadeavgiften sättas till ett lågt belopp eller nedsättas helt med beaktande av den påstådda överträdelsens art samt syftet med upphandlingsskadeavgiften.

För sent inkommen ansökan

Enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU kan Konkurrensverket endast ansöka om upphandlingsskadeavgift inom ett år från det att ett avtal slöts. Avtal som slutits tidigare än så är prekluderade/preskriberade. Ramavtal 1 slöts i september 2011, varför Konkurrensverket inte kan angripa detta. Detta avtal är även korrekt upphandlat och annonserat varför det inte föreligger grund för upphandlingsskadeavgift. De delar av Konkurrensverkets talan som är prekluderade/preskriberade och/eller korrekt upphandlade ska avvisas alternativt inte utgöra del av kontraktets värde som den eventuella upphandlingsskadeavgiften ska beräknas på.

Hyra som komplement till köp

Redan i projektdirektiven omnämns att upphandlingen avser köp och/eller leasing av hårdvara. Konkurrensverket tolkar punkten 15.3 i avtalet fel. Punkten utgör ett förbud för Ricoh att erbjuda avropande enheter annan betalningsform än kontantköp, t.ex. leasing m.m. och har sin bakgrund i SLL:s finanspolicy, som stadgar att förvaltningar som önskar uppta lån ska göra detta på visst sätt. Bestämmelsen infördes vid kontraktsskrivandet mellan SLL och Ricoh och var inte med i förfrågningsunderlaget. Med bl.a. anledning av de minskade volymerna av inköp som gjordes blev

avtalet inte vad som eftersträvades vid upphandlingen, varken för SLL eller för Ricoh. Möjligheten att hyra maskiner diskuterades och öppnades upp vid enskilda fall då de avropande enheterna inte hade möjlighet att köpa.

Återköpsvärden

Återköpsvärdena i Ramavtal 1 om 90-100 procent av inköpskostnaden gäller endast underperioderna 4, 5 och 6. För perioder före och efter är återköpsvärdena 0 procent. Konkurrensverkets jämförelse blir därför onyanserad och felaktig eftersom verket endast jämför de högsta möjliga procentsatserna med det schabloniserade återköpsvärdet som parterna enades om i omförhandlingen. I beaktande måste även tas de återköp som skulle ske under perioder där återköpsvärdet skulle bli noll kronor. Dessutom förhåller det sig så att vissa maskiner inte skulle bli återköpta. Vid omförhandlingen kom parterna överens om att en schabloniserad procentsats skulle gälla vid återköp. Återköpsersättningen regleras, efter omförhandlingarna, vid samma tidpunkt som anskaffningen görs. Detta medför att SLL erhåller ersättning för alla maskiner, oavsett om de senare blir föremål för svinn, skador, eller behålls i verksamheten. Vid beaktande av ovan anförda omständigheter är den schabloniserade procentsatsen om cirka 12 procent rimlig.

Minskning av antalet typkonfigurationer

Vissa typkonfigurationer togs bort vid omförhandlingen eftersom ingen/få avropade dessa. Förfrågningsunderlaget ger rätt att byta ut versioner av typkonfigurationer och det framgår av Ramavtal 1 att inaktuella produkter och tjänster ersätts av nya produkter och tjänster. De ”nya” modellerna är för övrigt mycket snarlika föregående modeller.

Serviceavtalen

I det ursprungliga ramavtalet fanns olika priser för fullservice under olika perioder, perioderna 0-3, 4 och 5. Vid omförhandlingen justerades priserna för fullservice så att det blev samma pris oavsett vilken period servicen tillhandahölls. Nu utgörs priset av ett snitt av priset för de tidigare perioderna 0-5. Detta måste beaktas vid jämförelse av priserna.

Prisjusteringarna

Vid bedömningen av prisjusteringen måste beaktas att Ricoh hade en ökad administrativ uppgift vid avrop från enskilda avropande enheter. När upphandlingen annonserades år 2009 var inriktningen att SLL IT skulle administrera inköp och finansiering m.m. samt utgöra en av två kontaktytor inom SLL gentemot leverantören. På grund av förändrat uppdrag kunde SLL IT inte efterleva den konstruktionen, vilket medförde att Ricoh hade kontakt med i stort sett alla avropande enheter inom landstinget och härigenom fick en ökad resurskrävande administrativ börda. Att det är stora prisökningar för vissa typkonfigurationer kan bero på att det är ett sätt för SLL och leverantören att styra avropande enheter vid anskaffning. Prisökningarna kan även bero på en utökning av supportfunktionen. En helhetsbedömning måste göras. Det måste även framhållas att omförhandlingarna ledde till sänkning av priser av exempelvis serviceavtalen för vissa maskiner.

Rättsliga överväganden

Enligt EU-rättslig praxis kan ändringar som görs i bestämmelserna i ett offentligt kontrakt under dess löptid anses utgöra en ny upphandling om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet.

SLL har utifrån Konkurrensverkets påståenden gjort simuleringar av utfallet med hänsyn till de prisjusteringar som gjorts efter omförhandlingarna. Trots omförhandlade priser har Ricoh placerat sig på första plats i rangordningen. Detta innebär att justeringen av avtalet inte är att se som en betydande ändring enligt EU-domstolens mål C-454/06 (*Presstext*). Att vissa förändringar har skett av typkonfigurationer innebär inte att det är en förändring av kontraktets tillämpningsområde. Inte heller kan bestämmelsen i Ramavtal 1 som innebär att Ricoh inte får erbjuda avropande enhet betalningsformen leasing åberopas till stöd för förbud mot hyra. Redan i förstudien uppgavs att upphandlingen skulle möjliggöra köp och/eller leasing av hårdvara och dokumentproduktion. Något förbud mot hyra har heller inte funnits i det konkurrensuppsökande skedet. För det fall domstolen skulle finna att avtalet har förändrats i och med möjligheten att hyra tydliggjordes vid omförhandlingarna ska 4 kap. 8 § LOU beaktas. Tillägget av hyra i avtalet mellan SLL och Ricoh är långt ifrån den gräns som finns för tilläggsanskaffningen om 50 procent av ursprungliga kontraktet. Resultatet av omförhandlingarna innebär inte att den ekonomiska jämvikten har förändrats till Ricohs fördel. Detta kan bl.a. illustreras genom en jämförelse mellan de i anbudsinbjudan uppskattade volymerna och det utfall som avtalet ledde till under första avtalsåret. Ricoh uppnår långt ifrån de volymer som ligger till grund för parternas avtal. Prisökningen innebär inte heller att Ricoh kommer i närheten av aviserade intäkter.

SLL och Ricoh har inte haft för avsikt att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet. De hade för avsikt att göra justeringar i ett upphandlat avtal och genom justeringarna få avtalet att fungera på ett praktiskt lämpligt sätt. Parterna har inte haft för avsikt att avtala om fördelar för Ricoh. Avtalet har från början medgett förändringar av avtalsvillkoren, både genom prisjusteringsklausulen och genom omförhandlingsklausulen. Om det ursprungliga avtalet medgett förändringar har det vid EU-

domstolens bedömning närmast varit en presumtion för att justeringarna inte är att anse som betydande.

Beräkning av upphandlingsskadeavgift

SLL anser att en lägre procentsats än de 7,5 procent som Konkurrensverket har yrkat på bör tillämpas i detta mål med hänsyn till de föreliggande omständigheterna. I tidigare fall där Konkurrensverket har yrkat på 7,5 procent av kontraktsvärdet har det rört direktupphandlingar, dvs. inköp utan tidigare upphandlat avtal. SLL och Ricoh har med stöd av omförhandlingsklausulen i det upphandlade avtalet genomfört omförhandlingar. Om SLL har gjort sig skyldig till agerande i strid med LOU så är det en felbedömning av rättsläget vilket inte är att likna vid uppenbara fall av direkttilldelning. Upphandlingsstödet, som utgör del av Kammarkollegiet, uttrycker att osäkerheten kring rättsläget fortfarande är stor och avsaknaden av framförallt i svensk praxis försvårar möjligheten att ge uttömmande svar i frågan om när det är en tillåten respektive otillåten ändring av befintligt avtal. Med hänsyn till det oklara rättsläget finns det skäl att sätta ned upphandlingsskadeavgiften helt. Som förmildrande omständigheter bör det även beaktas att det inte är fråga om upprepade överträdelser samt att kontraktsvärdet inte är avsevärt högt. Vidare ska det beaktas att SLL inte förlängt avtalet i enlighet med förlängningsmöjligheterna utan påbörjat en ny upphandling före det att Konkurrensverket ställt frågor om den tidigare upphandlingen. Dessa omständigheter bör, var och en för sig samt tillsammans, påverka upphandlingsskadeavgiften i sänkande riktning.

Avtalstid

Konkurrensverket menar att även förlängningsperioder ska inräknas. SLL motsätter sig denna bedömning. SLL har även upplyst Konkurrensverket om att ramavtalet inte ska förlängas och att en ny upphandling är under

genomförande, vilket innebär att ramavtalet löper ut den 10 oktober 2014. Detta datum utgör den senaste tidpunkten som Ramavtal 2 kan anses gälla till och som ska ligga till grund för beräkningen av upphandlingsskadeavgiften.

Underlag för beräkningen av kontraktsvärde

Värdet av SLL:s förvärv av maskiner under januari – augusti 2013 kan inte ligga till grund för upphandlingsskadeavgiftens beräkning. Det måste beaktas att SLL har genomfört en upphandling i enlighet med LOU under år 2011. Anskaffningen i enlighet med detta upphandlande avtal kan inte omfattas av underlaget för beräkning av avgiften. Det är de påstådda otillåtna justeringar som gjorts till det korrekt upphandlade avtalet som ska prövas och det är därmed endast dessa summor som ska läggas ihop till kontraktsvärdet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 17 kap. 1 och 2 §§ LOU får allmän förvaltningsdomstol på ansökan av tillsynsmyndighet besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § samma lag. Konkurrensverket har ansökt om upphandlingsskadeavgift på grund av en påstådd otillåten direktupphandling enligt 17 kap. 1 § 3 LOU.

Tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ska en ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Den 19 december 2012 ändrades villkoren i ett ingånget ramavtal mellan SLL och Ricoh. Enligt Konkurrensverket innebär villkors-

ändringarna att ett nytt avtal mellan parterna slöts. Konkurrensverkets ansökan inkom till förvaltningsrätten den 18 december 2013. Därmed har ansökan inkommit inom den lagstadgade tidsfristen, dvs. inom ett år från det att det av Konkurrensverket ifrågasatta ändringarna gjordes.

Direktupphandling

Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till om SLL har slutit ett nytt avtal utan föregående annonsering och därigenom genomfört en otillåten direktupphandling.

Har ett nytt avtal slutits?

EU-domstolen har i mål C-337/98 (*Kommissionen mot Frankrike*) konstaterat att ändringar av villkoren i ett upphandlat kontrakt under dess löptid innebär ett nytt upphandlingsförfarande om ändringarna utgör betydande skillnader i förhållandet till de förhandlingar som förts tidigare och om de följaktligen visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet.

I mål C-454/06 (*Pressetext*) utvecklade EU-domstolen sin praxis genom att konstatera att en ändring kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. Vidare anförde EU-domstolen att en ändring av det ursprungliga kontraktet även kan anses vara betydande om det medför att det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som först inte avsågs. En ändring kan även, enligt domstolen, vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den

anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

Konkurrensverket har anfört att SLL och Ricoh har ändrat villkoren i Ramavtal 1 på sådant sätt att det innebär att ett nytt avtal slöts mellan parterna. De ändringar av ramavtalet som parterna kom överens om kan enligt Konkurrensverket sammanfattas enligt följande.

Priserna för köp av typkonfigurationer höjdes med 15-49 procent, återköpsvärdet sänktes från mellan 90-100 procent till 11,8 procent och de föremål som kunde avropas utökades till att även omfatta hyra av typkonfigurationer.

Enligt förvaltningsrättens mening måste den prishöjning som parterna har kommit överens om den 19 december 2012 anses väsentlig i förhållande till de priser som anges i prisbilagan till Ramavtal 1. I Ramavtal 1 anges att priserna är fasta ett år och att justering av priserna därefter får göras en gång per avtalsår efter skriftligt påkallande från vardera parten. Vidare anges att vardera parten har rätt att begära förhandling om prisjustering om leverantörens kostnader avseende de varor som omfattas av avtalet förändras med minst fem procent jämfört med avtalade priser. Avtalet måste således uppfattas så att en kostnadsökning hos leverantören ger en rätt att påkalla prisjusteringsförhandlingar. SLL har emellertid anfört att prisjusteringen kan bero på att det är ett sätt att styra avropande enheter vid anskaffning samt en utökning av supportfunktionen. De prishöjningar som har skett har därmed inte stöd i avtalet och är därtill så betydande att de måste anses utgöra en väsentlig förändring av ett ingånget kontrakt. Den omförhandlingsklausul som SLL hänvisar till eller att prissänkning skett på vissa serviceavtal förändrar inte denna bedömning.

När det gäller de sänkta återköpsvärdena kan konstateras att även dessa är av betydande karaktär. Från att ha erhållit 90 procent respektive 100 procent av inköpskostnaden i återbetalning enligt Ramavtal 1 har SLL efter villkorsändring nu endast rätt till schabloniserad ersättning som ostridigt uppgår till cirka 12 procent. SLL har anfört att Konkurrensverket inte har beaktat perioder där återköpsvärdet skulle bli noll kronor samt att svinn och skadat gods inte ersattes med en längre nivå. Konkurrensverkets jämförelse blir därför onyanserad och felaktig eftersom man endast jämför det högsta möjliga återköpsvärdet med det schabloniserade återköpsvärdet.

SLL har inte kommit in med några uppgifter om i vilken omfattning återköp har skett eller förväntas ske. Förvaltningsrätten anser därför att Konkurrensverkets utgångspunkt för jämförelsen är rimlig. Därtill måste beaktas att Ricoh efter villkorsändringen nu alltid har rätt till ersättning för alla de typkonfigurationer som SLL avropar, vilket torde innebära en ökad förtjänst för Ricoh. Detta måste anses innebära att kontraktets ekonomiska jämvikt har ändrats till förmån för Ricoh.

Efter villkorsändringen i december 2012 kan SLL även avropa hyra av typkonfigurationer; en möjlighet som inte omfattades av Ramavtal 1. Det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde har därmed utsträckts till att omfatta tjänster som först inte avsågs. Villkorsändringen måste därför anses utgöra en väsentlig utsträckning av kontraktets tillämpningsområde och därigenom en betydande ändring av kontraktets villkor.

Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att Konkurrensverket har visat att de ändringar i villkoren som omförhandlingen mellan SLL och Ricoh resulterade i utgör betydande ändringar av det ursprungliga kontraktet. Ändringarna visar även att parterna vid omförhandlingen har haft en önskan om att omförhandla väsentliga villkor i avtalet. Detta

innebär att Ramavtal 2 utgör ett nytt avtal och ska anses utgöra en självständig upphandling.

Innebär det nya avtalet en otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att Ramavtal 2 ska betraktas som ett tjänstekontrakt enligt 2 kap. 18 § 2 st. LOU. Detta eftersom tjänsterna (hyra av typkonfigurationer respektive serviceåtaganden) överstiger värdet av varorna. Med anledning av att det är fråga om så kallade B-tjänster blir de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU tillämpliga i målet.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU. Det är inte i målet ifrågasatt att Ramavtal 2 överstiger 15 procent av detta tröskelvärde.

Av 15 kap. 4 § LOU framgår att en upphandling ska föregås av en annonsering. Det är ostridigt i målet att Ramavtal 2 har slutits mellan SLL och Ricoh utan föregående annonsering. SLL har emellertid gjort gällande att förutsättningarna för att direktupphandla med stöd av 4 kap. 8 § LOU var uppfyllda vid tidpunkten för avtalets ingående. Enligt denna bestämmelse måste de kompletteringar som har tillkommit vara oförutsedda, vilket innebär att den upphandlande myndigheten inte ska ha haft möjlighet att beakta dem i den ursprungliga upphandlingen. Vidare krävs att kompletteringarna ska vara nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullgöras. Det får alltså inte vara fråga om kompletteringar som endast förbättrar eller effektiviserar det ursprungliga kontraktet. Om dessa förutsättningar är uppfyllda krävs också att det antingen är fråga om kompletteringar som inte kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet utan att stora tekniska eller ekonomiska olägenheter uppstår för

myndigheten, eller att kompletteringarna, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullgöras.

Såvitt framkommit har villkorsändringarna varken varit oförutsedda eller nödvändiga för att kontraktet mellan Ricoh och SLL ska kunna fullgöras. Därmed föreligger inte något undantag från annonseringsskyldigheten. Ramavtal 2 är därmed att betrakta som en otillåten direktupphandling. Vad SLL har anfört i övrigt ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Det föreligger därför skäl för förvaltningsrätten att besluta att SLL ska betala en upphandlingskadeavgift.

Beräkning av upphandlingskadeavgiften

Upphandlingsavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till mellan 10 000 och 10 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap 4 § jämförd med 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.

Kontraktsvärdet

Konkurrensverket har uppgett att den återstående kontraktstiden avseende Ramavtal 2 uppgår till 33 månader, från den 21 januari 2013 till den 10 oktober 2015. SLL anser att avtalslängden som längst ska löpa från den 21 januari 2013 – 10 oktober 2014 och motsätter sig att förlängningsperioden ska inräknas. Vidare anför SLL att Konkurrensverket har upplysts om att en ny upphandling är under genomförande, vilket innebär att ramavtalet löper ut den 10 oktober 2014.

De ovan nämnda bestämmelserna om beräkning av kontraktsvärdet ger inte utrymme för att uppskatta kontraktsvärdet utan att beakta optioner och förlängningsklausuler (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål 5426-12). Den återstående kontraktstiden ska därför bestämmas till 33 månader. Vad SLL har anfört om att ramavtalet inte ska förlängas och att en ny upphandling är under genomförande föranleder därför ingen annan bedömning.

Värdet av SLL:s avropade typkonfigurationer uppgår ostridigt till sammanlagt 7 857 961 kr under perioden januari – augusti 2013. Enligt SLL kan dock inte detta värde ligga till grund för beräkning av upphandlingsskadeavgiften. SLL menar att all anskaffning av varor ska frånräknas, eftersom dessa har upphandlats redan enligt Ramavtal 1, en upphandling som genomfördes i enlighet med LOU. Därmed anser SLL att det endast är avrop avseende hyra som ska läggas till grund för beräkningen.

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att SLL genomfört en otillåten direktupphandling genom de villkorsändringar som genomfördes i december 2012. Det nya avtalet, Ramavtal 2, ersatte det tidigare avtalet. Ett helt nytt kontrakt har således kommit till stånd. Det är därför riktigt att beräkna hela kontraktsvärdet för avropade typkonfigurationer under den aktuella perioden. Såsom ovan angivits är beloppet om 7 857 961 kr i sig ostridigt och ska därför läggas till grund för beräkningen.

Konkurrensverket har räknat med ett uppskattat värde på serviceåtagandena om 100 000 kr per månad enligt uppgift från SLL. SLL har i förvaltningsrätten angett att beräkningen av serviceavtalens värde är komplicerad, men att man erhållit statistik från Ricoh som utvisar en kostnad om 59 900 kr per månad. SLL har inte kommit in med något underlag som styrker den nu uppgivna kostnaden.

Vid en beräkning med ett värde på serviceåtagandena om 100 000 kr per månad blir kontraktsvärdet 40 344 678 kr för Ramavtal 2 och vid en beräkning med ett värde på serviceåtagandena om 59 900 kr per månad blir kontraktsvärdet 39 021 378 kr.

Fastställande av upphandlingsskadeavgiften

Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av avgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift framgår att otillåten direktupphandling är en av de mest allvarliga överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Beslutande myndighet har betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek och ta ställning till alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Som exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Om det i visst fall i rättspraxis är oklart huruvida en vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett kan sanktionsvärdet anses relativt lågt i just det fallet. Ytterligare förmildrande omständigheter kan vara när den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som löpt ut när ett nytt avtal förhindras av en pågående överprövningsprocess eller när avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (prop. 2009/10:180 s. 187, 197 f och 369 f).

Förvaltningsrätten har funnit att den nu aktuella överträdelsen är en otillåten direktupphandling, vilket är en försvårande omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. SLL har anfört att rättsläget när det gäller vad som utgör en otillåten ändring av ett avtal är oklart, vilket enligt SLL talar för att upphandlingsskadeavgiften bör bestämmas till ett avsevärt lägre belopp än det som Konkurrensverket förordar.

Villkorsändringarna i Ramavtal 2 är mycket omfattande och medför uppenbara ekonomiska fördelar för Ricoh i förhållande till Ramavtal 1. Enligt förvaltningsrättens mening borde SLL därför ha insett att en ny upphandling enligt LOU krävdes. Det kan även konstateras att det finns tydlig EU-rättslig praxis på området. Vad SLL har anfört om oklart rättsläge ska därför inte påverka upphandlingsskadeavgiften i sänkande riktning. Förvaltningsrätten anser inte heller att de övriga omständigheter som SLL fört fram är så förmildrande att en sänkning av upphandlingsskadeavgiften är aktuell.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i det förevarande målet anser förvaltningsrätten att det belopp som Konkurrensverket yrkar ska dömas ut kan anses som en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen, oavsett om kostnaderna för serviceåtaganden bestäms till 100 000 kr per månad eller till 59 900 kr per månad. Skäl för nedsättning eller eftergift har inte framkommit. Det som kommit fram i målet utgör inte heller sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte heller synnerliga skäl för att sätta ned avgiften. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till det belopp som Konkurrensverket yrkat, dvs. 3 000 000 kr. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 A LOU).



Ulrika Melin

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Lotta Olsson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.