



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2016-04-20
Meddelad i
Umeå

Mål nr
439-15

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

Ombud: Robin Boström
c/o Sveriges Kommuner och Landsting
Juridiska avdelningen
118 82 Stockholm

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

KONKURRENSVERKET	
2016-04-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Skellefteå kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 140 000 (etthundrafyrtiotusen) kr.

Dok.Id 58222

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Under år 2014 bildade Umeå kommun och Skellefteå kommun en gemensam nämnd, kallad Nämnden för grundläggande IT-kapacitetstjänster. Den gemensamma nämnden ansvarar för lagring, virtualisering och back-up för de båda kommunernas IT-verksamhet. Umeå kommun är värdkommun för den gemensamma nämnden och nämnden ingår i Umeå kommuns organisation.

Umeå kommun hade under 2012, i egenskap av inköpscentral, upphandlat ramavtalet Server och lagring 12054, som omfattar leverans av produkter för server och lagring till kommunens interna serveranläggning. Avropsberättigade på ramavtalet är Bjurholms, Nordmalings, Robertsfors, Vindelns, Umeås och Vännäs kommuner samt Umeå Hamn AB, Umeå Vatten och Avfall AB, Bostaden i Umeå AB, Umeå Parkerings AB, Umeå Energi AB, Nolia AB och Regionförbundet i Västerbotten.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Konkurrensverket yrkar i ansökan som kom in till förvaltningsrätten den 17 mars 2015 att Skellefteå kommun ska förpliktas betala 140 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund härför anför Konkurrensverket följande. Det avtal om samverkan i en gemensam nämnd avseende grundläggande IT-kapacitetstjänster som Skellefteå kommun ingått med Umeå kommun den 28 april 2014, eller strax därefter, medför att Skellefteå kommun anskaffar tjänster av Umeå kommun mot ersättning och omfattas av LOU:s tillämpningsområde. Anskaffningen har inte föregåtts av annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling.

Skellefteå kommun bestrider bifall till ansökan. Som stöd för sin inställning anför Skellefteå kommun följande. Samverkansavtalet innehåller inga ekonomiska villkor och utgör således inget kontrakt i upphandlingsrättslig

mening och kan därför inte ligga till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift. För det fall samverkansavtalet skulle anses innehålla ekonomiska villkor omfattas det i första hand av undantaget i 2 kap. 10 a § LOU och i andra hand av tillåten samverkan mellan upphandlande myndigheter (Hamburgsamverkan). Skellefteå kommun vitsordar inte något belopp gällande upphandlingsskadeavgiften.

AKTUELLA BESTÄMMELSER

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal skall annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5-8 §§. (7 kap. 1 § LOU)

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. (2 kap. 10 § LOU)

Med kontrakt enligt 10 § avses dock inte avtal som sluts mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om

1. den upphandlande myndigheten utövar en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, och
2. den juridiska personen eller den gemensamma nämnden bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som kontrollerar den. (2 kap. 10 a § LOU)

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 15 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §. (17 kap. 1 § 3 p. LOU)

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. (17 kap. 4 § första stycket LOU)

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. (17 kap. 5 § LOU)

PARTERNAS ANFÖRANDE

Konkurrensverket

Sammanfattning

Aktuell ansökan avser ett samverkansavtal mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun om bildandet av en gemensam nämnd.

Skellefteå kommun har, i samband med bildandet av den gemensamma nämnden, och närmare bestämt genom samverkansavtalet, mot ersättning anskaffat specifika IT-tjänster av Umeå kommun avseende bl.a. datalagring på distans. Anskaffningen tillgodoser moderniseringsbehovet av Skellefteå kommuns IT-infrastruktur. Skellefteå kommuns anskaffning skulle som huvudregel ha föregåtts av ett annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU. Så har emellertid inte skett. Några omständigheter som kan utgöra skäl för att sluta avtal utan föregående annonsering enligt LOU har inte förelegat.

Det finns möjligheter till kommunal samverkan på ett sätt som är förenligt med upphandlingslagstiftningen. Skellefteå kommun borde således, tillsammans med Umeå kommun, ha beaktat LOU vid planeringen och genomförandet av aktuell samverkan. Det sätt på vilket kommunerna har genomfört sin samverkan i detta fall medför dock att privata leverantörer har gynnats i förhållande till sina konkurrenter och att Skellefteå kommun har gjort en otillåten direktupphandling.

Samverkan om IT-tjänster i gemensam nämnd

Den bildade nämnden är en sådan gemensam nämnd som avses i 3 kap. 3 a-3 c §§ kommunallagen. Av de bestämmelserna framgår att kommuner kan samverka genom att bilda en gemensam nämnd och att en sådan nämnd får fullgöra uppgifter både enligt särskilda föreskrifter och inom ramen för verksamheten i övrigt. En gemensam nämnd tillsätts i någon av de samverkande kommunerna och ingår i denna kommuns organisation. Liksom för andra nämnder ska det för en gemensam nämnd finnas ett reglemente med närmare föreskrifter om nämndens verksamhet och arbetsformer. En gemensam nämnds behörighet och befogenhet ska dessutom närmare preciseras i en överenskommelse mellan de berörda kommunerna. Överenskommelsen kan lämpligen utformas som ett avtal om samverkan.

Vid bildandet av nämnden har Skellefteå kommun och Umeå kommun antagit ett sådant reglemente som avses i 6 kap. 32 § kommunallagen. Kommunerna har också slutit ett sådant samverkansavtal som avses i 3 kap. 3 c § kommunallagen. Det är detta samverkansavtal som är föremål för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Samverkansavtalet reglerar bl.a. nämndens och kommunernas åtaganden, äganderätten till den fysiska infrastrukturen samt fördelningen av kostnaderna mellan kommunerna. Umeå kommun upphandlar och handhar den infrastruktur som används av nämnden samt har ansvar för beredning av

ärenden och verkställighet av nämndens beslut. Umeå kommun ska fastställa budgeten för den gemensamma nämnden efter samråd med Skellefteå kommun. Kostnadsfördelningen mellan de deltagande kommunerna sker enligt en procentuell beräkning utifrån nyttjandet av den gemensamma IT-infrastrukturen.

Samverkansavtalet föregicks av ett specifikt behov hos Skellefteå kommun och en möjlighet att tillgodose detta behov genom Umeå kommuns kapacitet

Enligt de båda kommunernas uppskattningar kommer inrättandet av den gemensamma nämnden och samverkansavtalet innebära att kommunerna gör besparingar. Detta beror delvis på att man räknar med att dela på grundinvesteringar och operativa kostnader, såsom el och kyla etc.

För Skellefteå kommuns del har samverkansavtalet och bildandet av den gemensamma nämnden dessutom inneburit att man har beretts tillgång till Umeå kommuns IT-kapacitet inklusive Umeå kommuns befintliga ramavtal med privata leverantörer.

Diskussionerna mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun om att samverka beträffande IT-tjänster initierades av Skellefteå kommun. Skellefteå kommuns behov av bland annat datalagring hade tidigare tillgodosetts genom avtal med privata leverantörer. Kommunen stod nu inför behovet av att modernisera sin IT-infrastruktur, antingen genom att investera i en helt ny miljö i egen regi eller genom att samverka och på så sätt undvika för stora egna investeringar och kostnader. Skellefteå kommun ställde, mot denna bakgrund, en förfrågan till Umeå kommun om att "dela driftmiljö".

Anledningen till att Skellefteå kommun vände sig till Umeå kommun var att Umeå kommun har ett eget utbyggt IT-center med viss överkapacitet avseende bland annat datalagring. Detta framgår av den tjänsteskrivelse som låg

till grund för Skellefteå kommuns beslut om att samverka med Umeå kommun, samt av Umeå kommunfullmäktiges beslut om aktuell samverkan.

Umeå kommuns IT-funktion gjorde bedömningen att Skellefteå kommuns förfrågan skulle kunna genomföras med begränsade insatser. Den överkapacitet som Umeå kommun hade gjorde det möjligt för Umeå kommun att tillgodose Skellefteå kommuns behov av IT-tjänster utan stora nyinvesteringar.

Umeå kommun har avropat från befintliga ramavtal för att tillgodose Skellefteå kommuns behov

Relevanta delar av Umeå kommuns överkapacitet består av ramavtal med privata leverantörer som har upphandlats av Umeå kommun innan den gemensamma nämnden bildades eller ens var aktuell.

Umeå kommun har gjort avrop från befintliga ramavtal för att tillgodose den gemensamma nämndens behov. Delar av avropen avser enbart Skellefteå kommuns behov. Avtalen har ingåtts genom avrop från Umeå kommuns upphandlade ramavtal Server och lagring 12054.

Ramavtalet upphandlades under 2012. Tilldelningsbeslut meddelades den 26 september 2012 och ramavtal tecknades härefter med leverantörerna Atea Sverige AB (Atea), 5 High Innovations AB (5 High) och Savecore AB (Savecore). Ramavtalen löpte med en ursprunglig avtalstid från och med den 1 november 2012 till den 31 oktober 2014, med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader. Förlängningsmöjligheten utnyttjades av Umeå kommun i juni 2014 då avtalen förlängdes till den 31 oktober 2016.

Som en direkt följd av samverkansavtalet och för att tillgodose Skellefteå kommuns behov, har Umeå kommun köpt varor och/eller tjänster från de privata leverantörerna Atea och 5 High genom ”avrop” från ett ramavtal där

Skellefteå kommun inte ingått som avropsberättigad upphandlande myndighet. Avropet har därför inte fått ske från ramavtalet för att tillgodose Skellefteå kommuns behov. Genom att avropen på detta sätt har skett vid sidan av eller i strid med ramavtalet, har dessa avtal slutits utan föregående annonsering enligt LOU.

Kommunens påstående att man i punkt 8.0 i ramavtalet skulle ha tagit höjd för den uppkomna situationen är felaktigt. Ramavtalet innebär inte att *nya* köpare kan tillkomma på ramavtalet, utan den reglerar endast vad som gäller vid förändringar i organisation m.m. hos *befintliga* köpare. Punkten kan möjligen, vid en första anblick, ge intryck av att ta höjd för tillkomsten av den gemensamma nämnden, eftersom nämnden efter dess bildande organisatoriskt tillhör Umeå kommun. Tillkomsten av den gemensamma nämnden innebär dock inte endast en organisatorisk förändring inom Umeå kommun, utan medför även att Skellefteå kommuns behov av IT-kapacitet tillgodoses. Skellefteå kommun ingår inte i kretsen av avropsberättigade parter i ramavtalet.

Avropet från Atea har skett den 4 mars 2014 och benämns "Utökning av servrar". Avropet resulterade i ett avtal med Atea och avser sex stycken X6 servrar med tillhörande driftunderhåll till en kostnad om 1 935 000 kr. Avropet har fakturerats den 28 mars 2014 och den 29 april 2014. Beställningen gjordes således innan den gemensamma nämnden bildades.

Avropet från 5 High har gjorts den 19 september 2014. Avropet avser hårdvara för kapacitetslagring om cirka 80 terrabyte data samt backuplösningar till detta. Avropet benämns "Utökning av datalagring 80TB replikerad lagring" och har ett uppgivet värde om 1 985 000 kr. Avropet av lagringskapacitet har fakturerats den 29 september 2014.

Skellefteå kommun uppger i yttrande till förvaltningsrätten att det bestrids att avropen skett *enbart* för att täcka Skellefteå kommuns behov. Under Konkurrensverkets utredning har dock Umeå kommun uppgett att de två aktuella avropen gjorts för att tillgodose Skellefteå kommuns behov. Oavsett huruvida avropen gjorts för att täcka enbart Skellefteå kommuns behov, eller om de till viss del också täckt behov som Umeå kommun haft, har båda avropen tillgodosett behov för Skellefteå kommun på ett sådant sätt och i en sådan utsträckning att avropen avviker väsentligt från ramavtalet.

Samverkansavtalet medför att Skellefteå kommun anskaffar en tjänst av Umeå kommun

Samverkansavtalet är att betrakta som ett sådant avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet (Skellefteå kommun) och en leverantör (Umeå kommun) avseende tillhandahållandet av en tjänst (IT-kapacitet) som omfattas av LOU.

Enligt samverkansavtalet har den gemensamma nämnden ansvar för lagring, virtualisering och back-up för de båda kommunernas IT-verksamhet och Umeå kommun är värdkommun för den gemensamma nämnden. Enligt Konkurrensverkets bedömning medför samverkansavtalet att Umeå kommun åtar sig att utföra en specifik tjänst för Skellefteå kommun. Tjänsten består i att Umeå kommun åtar sig att tillgodose Skellefteå kommuns behov av IT-tjänster. Att samverkansavtalet avser en anskaffning framgår bland annat av de omständigheter som föregick inrättandet av den gemensamma nämnden och av avtalets lydelse.

Att samverkansavtalet har ekonomiska villkor framgår i avtalets reglering av kostnadsfördelning mellan kommunerna. De ekonomiska villkoren avser den motprestation som Umeå kommun, efter inrättandet av nämnden, erbjuder av Skellefteå kommun med anledning av utförandet. Motprestationen innebär att Skellefteå kommun åtar sig att ersätta Umeå kommun för de de-

lar av den gemensamma nämndens kostnader som hänför sig till Skellefteå kommuns nyttjande av IT-kapaciteten. Av samverkansavtalet framgår i denna del att Umeå kommun ska fastställa budgeten för den gemensamma nämnden efter samråd med Skellefteå kommun. Kostnadsfördelningen sker enligt en procentuell beräkning utifrån nyttjande av den gemensamma IT-infrastrukturen. Konkurrensverket gör bedömningen att samverkansavtalets reglering av kostnaderna för den gemensamma nämnden innebär att Skellefteå kommun åtar sig att betala Umeå kommun för utförande av den aktuella tjänsten.

Det är inte den rättsliga beteckningen enligt nationell lagstiftning som avgör om det är fråga om ett köp som omfattas av LOU, utan innebörden av avtalet tolkat i funktionella termer. I EU-domstolens dom i Scala-målet (mål C-399/98) fann domstolen att ett exploateringsavtal enligt italiensk plan- och bygglagstiftning omfattades av det upphandlingsrättsliga regelverket. Scalamöten är ett exempel på att vid upphandlingsrättsliga bedömningar måste varje situation prövas utifrån unionsrätten och vad det faktiskt är fråga om, inte utifrån formaliteter eller hur parterna har valt att benämna avtal och andra relevanta dokument, eller hur nationell lagstiftning är utformad.

Av det ovan anförda följer att Skellefteå kommun, genom samverkansavtalet, har skaffat en tjänst av Umeå kommun i form av datalagring m.m. mot ersättning. Tjänsten tillgodoser moderniseringsbehovet av Skellefteå kommuns IT-infrastruktur. Samverkansavtalet utgör mot denna bakgrund som utgångspunkt en sådan anskaffning som omfattas av LOU.

Konkurrensverkets ansökan tar sikte på omständigheterna i detta mål. Konkurrensverket är inte av uppfattningen att alla samverkansavtal om bildandet av en gemensam nämnd utgör en upphandlingspliktig anskaffning. Tvärtom torde sådana samverkansavtal många gånger sakna de moment som, utifrån

den upphandlingsrättsliga bedömning som ska göras i varje enskilt fall, kännetecknar ett köp som omfattas av LOU.

Med Skellefteå kommuns synsätt skulle alla renodlade köp/sälj-situationer mellan två kommuner falla utanför LOU:s tillämpningsområde, så länge anskaffningen kommer till uttryck i ett samverkansavtal om bildande av en gemensam nämnd. De kommunalrättsliga reglerna och samverkansformerna innebär dock inte att LOU kan sättas ur spel, utan varje avtal och transaktion ska prövas utifrån dess verkliga innebörd i upphandlingsrättslig mening, inte utifrån formaliteter eller hur handlingar och dokument benämns enligt nationell rätt eller av avtalsparterna. Vid en sådan upphandlingsrättslig bedömning i förevarande mål står det klart att Skellefteå kommun har slutit ett avtal om köp av tjänster från Umeå kommun och som omfattas av LOU.

Samverkansavtalet är en otillåten direktupphandling

Under Konkurrensverkets utredning har Skellefteå kommun bland annat anfört att samverkansavtalet, med stöd av 2 kap. 10 a § LOU, inte kan anses utgöra ett sådant kontrakt som omfattas av upphandlingsplikt.

Skellefteå kommun har dock ingått samverkansavtal med Umeå kommun och inte med den gemensamma nämnden. Avtalet avser *bildandet* av en gemensam nämnd. Vid tidpunkten för samverkansavtalets ingående har den gemensamma nämnden ännu inte inrättats. Avtalet är därför inte ett avtal mellan en kommun och en gemensam nämnd. Skellefteå kommun kan inte heller anses utöva motsvarande kontroll över Umeå kommun som över sin egen förvaltning.

Ett samverkansavtal om bildandet av en gemensam nämnd är vidare inte att likställa eller förväxla med sådana avtal som, efter att nämnden har inrättats, ingås mellan den gemensamma nämnden och de kommuner som inrättat nämnden. Om kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda i förhållan-

det mellan Skellefteå kommun och den gemensamma nämnden är således inte relevant i detta mål.

Av det ovan anförda följer att det avtal som är föremål för aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift inte omfattas av 2 kap. 10 a § LOU.

Vad gäller s.k. Hamburgsamverkan följer av EU-domstolens avgöranden i målen C-480/06 Kommissionen mot Tyskland (Hamburg), C-159/11 Locale di Lecce och C-386/11 Piepenbrock att avtal med ekonomiska villkor mellan upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar faller utanför tillämpningsområdet för de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling.

En sådan samverkan faller utanför tillämpningsområdet om följande kumulativa förutsättningar är uppfyllda:

- a) Det ska vara fråga om avtal genom vilka ett samarbete mellan myndigheter inrättas.
- b) Samarbetet ska syfta till att säkerställa fullgörandet av ett gemensamt allmännyttigt uppdrag.
- c) Samarbetet ska uteslutande styras av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.
- d) Samarbetet ska ske utan inblandning av någon privat part och ingen privat leverantör får ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter.
- e) Avtalet syftar inte till att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

Enligt Konkurrensverkets bedömning är EU-domstolens praxis om samverkan mellan upphandlande myndigheter tillämplig i svensk rätt, trots att någon uttrycklig bestämmelse om detta inte finns i LOU. Det finns således skäl att pröva om förutsättningarna enligt EU-domstolens praxis om sam-

verkan mellan upphandlande myndigheter är uppfyllda avseende Skellefteå kommuns samverkansavtal med Umeå kommun.

Konkurrensverket bedömer härvid att privata aktörer ges en fördel gentemot sina konkurrenter genom samarbete mellan kommunerna.

Umeå kommun har genomfört avrop från sitt ramavtal Server och lagring 12054 för att tillgodose Skellefteå kommuns behov. Den gemensamma nämnden var, såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning, inte ens påtänkt vid tidpunkten för annonseringen av ramavtalet. Skellefteå kommun är inte heller part i ramavtalet.

De avtal som ingås i syfte att tillgodose Skellefteå kommuns behov får betydande effekt på ramavtalets totala omfattning. De avrop som hittills har genomförts i syfte att tillgodose Skellefteå kommuns behov uppgår enligt uppgifter från Umeå kommun till ett värde av cirka 3 920 000 kr. Dessutom får det antas att Skellefteå kommuns behov av IT-kapacitet även framledes under ramavtalets löptid kommer att tillgodoses genom "avrop" från ramavtalet. Detta kan jämföras med att den totala avropsvolymen på det aktuella ramavtalet, som ingicks under 2012, varit 29,2 miljoner kr under perioden till och med den 3 november 2015.

De leverantörer som slutit ramavtal med Umeå kommun i den tidigare offentliga upphandlingen har, som en direkt följd av att Skellefteå och Umeå samverkar genom den gemensamma nämnden, fått avrop med utökade volymer och för att tillgodose behov av IT-kapacitet för en annan upphandlande myndighet av betydande storlek (Skellefteå kommun) än vad som gällde enligt den ursprungliga ramavtalsupphandlingen.

Av det ovan anförda följer att samverkansavtalet har lett till att privata leverantörer har fått en fördel i förhållande till sina konkurrenter och att avtalet

innebär att bestämmelserna om offentlig upphandling kringgås. Vid dessa förhållanden kan samverkansavtalet inte falla utanför LOU:s tillämpningsområde med stöd av EU-domstolens praxis rörande Hamburgsamverkan. Skellefteå kommuns avtal med Umeå kommun utgör därför en upphandlingspliktig anskaffning av tjänster som rätteligen skulle ha föregåtts av en annonserad upphandling enligt LOU.

Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket mot denna bakgrund och då det i övrigt inte framkommit att något undantag från annonseringsskyldigheten varit tillämpligt att samverkansavtalet mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun rätteligen borde ha upphandlats genom ett annonserat förfarande. I och med att så inte skett är avtalet en otillåten direktupphandling.

Avtalets kontraktsvärde

Av 3 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska samtliga options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Beräkningen av värdet av ett kontrakt ska enligt 3 kap. 4 § LOU avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandling enligt 7 kap. 1 § LOU skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.

Det avtal som omfattas av aktuell ansökan om upphandlingsskadeavgift har inget angivet totalpris. Avtalet löper på obestämd tid. Ett maximalt värde är således inte möjligt att fastställa enbart med tillämpning av 3 kap. 3 § och 3 kap. 4 § LOU.

Vid en tillämpning av den s.k. 48-månadersregeln i 3 kap. 12 § LOU ska värdet av de levererade tjänsterna per månad i sådana fall multipliceras med 48. Enligt Skellefteå kommuns beräkningar uppgick kostnaderna för den

gemensamma nämnden, och således även kostnaden för de tjänster som levereras enligt samverkansavtalet, till 1 832 000 kr för 2014. För 2015 och 2016 har kommunen budgeterat en kostnad om 4 290 000 kr respektive 4 933 000 kr. Avtalet trädde i kraft den 28 april 2014, eller strax därefter, varför uppgifter om värde finns för åtta månader av 2014 samt för hela 2015 och 2016, totalt 32 månader.

Med tillämpning av 3 kap. 12 § LOU ska kontraktsvärdet enligt Konkurrensverkets beräkning fastställas till 16 582 500 kr $(1\,832\,000 + 4\,290\,000 + 4\,933\,000)/32$ månader) x 48 månader = 16 582 500 kr.

Upphandlingsskadeavgift

Det avtal som ansökan gäller utgör en del av Skellefteå kommuns och Umeå kommuns överenskommelse om den gemensamma nämnden kallad Nämnden för grundläggande IT-kapacitetstjänster. Överenskommelsen godkändes av de båda kommunernas respektive fullmäktige, den 15 april 2014 av Skellefteå kommun och den 28 april 2014 av Umeå kommun. Protokollen har justerats och besluten har vunnit laga kraft. Av fullmäktigebesluten framgår att de tas under förutsättning att den andra kommunen fattar motsvarande beslut. Ett bindande avtal har mot denna bakgrund uppstått den 28 april 2014, eller strax därefter, och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst tio miljoner kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 16 582 500 kr. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 1 658 250 kr.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens av-

skräckande syfte. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan vara. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet kan därför ofta anses vara högt. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan emellertid påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses vara mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten såsom exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt.

Inom ramen för denna utredning har även Umeå kommuns agerande utretts. Konkurrensverket har, i ett utkast till ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende Umeå kommun, kunnat konstatera att en lämplig upphandlingsskadeavgift för Umeå kommun är 140 000 kr. De båda kommunernas överträdelser av LOU har sin grund i likartade händelseförlopp. Konkurrensverket anser därför att det i detta fall är lämpligt att kommunerna påförs upphandlingsskadeavgifter med lika stora belopp.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna utgör en upphandlingsskadeavgift om 140 000 kr en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Skellefteå kommun

Samverkansavtalet

Ett samverkansavtal är uteslutande ett kommunalrättsligt styrdokument vars förekomst är lagreglerad. Det fyller endast ett offentligrättsligt syfte och är befriat från ekonomiska villkor i upphandlingsrättslig mening, 2 kap. 10 § LOU. Ett avtal av denna karaktär omfattas inte av de upphandlingsrättsliga reglerna.

Samverkansavtalet är inte ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening sett till dess faktiska innehåll och tillämpning.

Den av Konkurrensverket påstådda motprestationen är endast ett ramverk för en framtida kostnadsfördelning, en kostnadsfördelning som egentligen aldrig behöver aktualiseras. Det är nämligen fullt möjligt att upprätta en gemensam nämnd i förberedande syfte varefter de samverkande kommunerna sätter den gemensamma nämndens budget till 0 kr, år efter år, till dess att verksamheten startar upp eller nämnden upplöses.

Det går inte heller att utläsa ur samverkansavtalet hur den gemensamma nämndens behov ska tillgodoses, utöver att Umeå kommun har det administrativa upphandlingsansvaret. Huruvida anskaffningarna för att täcka den gemensamma nämndens behov är förenliga med de upphandlingsrättsliga reglerna går att avgöra först vid en faktisk anskaffning. Eventuella upphandlingssituationer uppkommer genom senare överenskommelser mellan de anslutande kommunerna och den gemensamma nämnden under faser verksamhet. Skulle ett upphandlingsrättsligt fel konstateras vid ett senare tillfälle kan detta omöjligen kopplas samman med utformningen av samverkansavtalet. Utformningen av samverkansavtalet har ingen bäring på den gemensamma nämndens upphandlingsrättsliga efterlevnad.

Om förevarande samverkansavtal, rent hypotetiskt, skulle tillåtas att ligga till grund för en upphandlingskadeavgift skulle detta få till följd att kommuner och landsting framledes skulle behöva upphandla alla sina samverkansavtal i konkurrens. Detta faller på sin egen orimlighet eftersom de enda som kan ingå i en gemensam nämnd är kommuner och landsting.

Det permanenta "in house-undantaget"

Trots att det enligt Skellefteå kommun står klart att samverkansavtalet inte utgör ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening vill Skellefteå kommun framföra följande beträffande Konkurrensverkets tolkning av 2 kap. 10 a § LOU.

En gemensam nämnd är inte en egen juridisk person utan ingår i värdkommunens juridiska person, 3 kap. 3 a § kommunallagen. Att sluta ett avtal direkt med en gemensam nämnd är således inte möjligt. Under alla förutsättningar kommer Umeå kommun, i egenskap av värdkommun, alltid att vara part i förhållande till Skellefteå kommun i förehavanden involverande den gemensamma nämnden. Prövningen av kontroll- och verksamhetskriteriet ska dock ske gentemot den gemensamma nämnden eftersom det är från den som Skellefteå kommun upphandlingstekniskt införskaffar IT-drift.

Vad som framkommer av samverkansavtalet är följande: "Umeå kommun upphandlar och handhar den infrastruktur som används av nämnden". Skrivningen behandlar enbart vem som ska upphandla för den gemensamma nämnden, inte hur detta ska ske. I enlighet med samverkansavtalet är Umeå kommun ensam upphandlingsansvarig för den gemensamma nämnden. Umeå kommuns uppgift är således att upphandla de varor och tjänster som behövs i överensstämmelse med de upphandlingsrättsliga reglerna. De varor och tjänster som Umeå kommun sedermera upphandlar förs sedan över till den gemensamma nämnden inom ramen för undantaget i 2 kap. 10 a § LOU. Med användning av dessa varor och tjänster utför den gemensamma nämnden

den sina uppdrag, uppdrag vars nytta kommer Umeå kommun och Skellefteå kommun tillgodo utan upphandling inom ramen för undantaget i 2 kap. 10 a § LOU. Den enda upphandlingsplikt som uppstår i denna kontext är mellan Umeå kommun och marknadens leverantörer.

Konsekvensen av Konkurrensverkets tolkning av 2 kap. 10 a § LOU blir att kriterierna för undantaget aldrig skulle kunna uppfyllas. Följaktligen är det inte på detta sätt som 2 kap. 10 a § LOU ska tolkas. Vad som egentligen avses med ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en gemensam nämnd i 2 kap. 10 a § LOU är i realiteten ett avtal mellan en anslutande kommun och en värdkommun. Denna realitet var lagstiftaren medveten om vid införandet av det permanenta undantaget. Det framhålls nämligen särskilt i prop. 2011/12:106 s. 62 att en gemensam nämnd inte är en egen juridisk person.

Att kontroll- och verksamhetskriteriet är uppfyllt gentemot den gemensamma nämnden förväntas vara ostridigt. Med beaktande av det ovan anförda står det således klart att undantaget i 2 kap. 10 a § LOU är tillämpligt för den gemensamma nämndens verksamhet.

Sammanfattningsvis kan sägas följande beträffande gemensamma nämnder och upphandlingsplikt. Avtal, förevarande samverkansavtal inkluderat, som sluts under fasen *bildandet* är inte upphandlingspliktiga på grund av att de inte utgör kontrakt i enlighet med 2 kap. 10 § LOU. Avtal som sluts i den efterföljande fasen *verksamheten* kan uppfylla kraven för kontrakt i LOU, men är undantagna från upphandlingsplikt i enlighet med 2 kap. 10 a § LOU.

*Tillåten samverkan mellan upphandlande myndigheter
(Hamburgsamverkan)*

Det måste ha undgått Konkurrensverket att Umeå kommun tagit höjd för nu uppstådd situation både i avtalet med Atea och 5 High. Under punkten 8 Förändringar av huvudmannaskap m.m. i båda avtalen står det nämligen: ”Säljare skall acceptera de förändringar i avtalstillämpning eller underlaget för leveransens omfattning som kan bli följderna av förändringar i huvudmannaskap, organisation eller inriktning av köparens verksamhet”. Bildandet av en gemensam nämnd är en förändring i Umeå kommuns interna organisation med en marginell förändring av leveransens omfattning som följd. Atea och 5 High har således inte getts fördel gentemot sina konkurrenter eftersom förevarande scenario förutsetts redan vid ingåendet av ramavtalen.

Skellefteå kommun bestrider att avropen den 4 mars och 19 september 2014 skett enbart för att täcka Skellefteå kommuns behov. Avropen gjordes för att täcka den gemensamma nämndens behov, ett behov som proportionerligt korresponderar mot Skellefteå kommuns behov.

Med beaktande av det ovan anförda och att förevarande samarbete är ett för parterna gemensamt allmännyttigt uppdrag skulle även Hamburgsamverkan vara tillåtlig i detta fall.

Samverkansavtalets kontraktsvärde och avgiftens storlek

Ett samverkansavtal är ett kommunalrättsligt styrdokument och har inget kontraktsvärde. Syftet med ett samverkansavtal är att sätta ramarna för kostnadsfördelningen mellan de samverkande kommunerna och reglera den gemensamma nämndens verksamhetsområde. Skellefteå kommun kan således inte vitsorda något belopp gällande upphandlingsskadeavgiften.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Konkurrensverket yrkar att Skellefteå kommun ska åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. Skälet härför är att det avtal om samverkan i en gemensam nämnd som Skellefteå kommun ingått med Umeå kommun enligt

Konkurrensverkets mening medför att Skellefteå kommun anskaffar tjänster av Umeå kommun mot ersättning. Anskaffningen har inte föregåtts av annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU. Konkurrensverket menar att förutsättningar för att underlåta annonsering inte varit uppfyllda varför avtalet är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Utgör samverkansavtalet ett kontrakt i LOU:s mening?

Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer avseende bl.a. tillhandahållande av tjänster, se 2 kap. 10 § LOU.

Det förhållandet att begreppet kontrakt vilar på civilrättslig grund får till följd att i de fall gränsdragningsfrågor uppkommer, dessa kan avgöras med hjälp av ett slags helhetsbedömning av ett kontrakts karaktär, en form av genomsyn (se t.ex. Eskil Nords kommentar till LOU, 2 kap. 10 §, Karnov 2016-04-14).

Av samverkansavtalet om bildande av gemensam nämnd framgår bl.a. följande. Nämnden ansvarar för verksamheten IT-drift. Umeå kommun är värdkommun för den gemensamma nämnden och upphandlar och handhar den infrastruktur som används av nämnden.

Förutom vad som anges i samverkansavtalet noterar förvaltningsrätten att avtalet har föregåtts av en förfrågan från Skellefteå kommun till Umeå kommun om att dela driftmiljö. Anledningen härtill var att Skellefteå kommun stod inför att reinvestera i en helt ny miljö eller att samverka för att undvika stora nyinvesteringar. Umeå kommun däremot hade en modern och väl fungerande driftmiljö med hög kapacitet, t.o.m. en viss överkapacitet som gjorde det möjligt att ta in fler intressenter i kommunens miljö utan för stora nyinvesteringar. Nämnda omständigheter framgår av beslut i Umeå kommunfullmäktige den 28 april 2014.

Mot bakgrund av avtalets lydelse och med beaktande av de omständigheter som föregick inrättandet av den gemensamma nämnden måste samverkansavtalet enligt förvaltningsrättens mening anses utgöra anskaffning av en tjänst. Tjänsten innebär att Umeå kommun åtar sig att tillgodose behov för Skellefteå kommun avseende IT-tjänster. Denna tolkning förstärks också av att Umeå kommun under Konkurrensverkets utredning uppgett att den gemensamma nämnden gjort avrop från Umeå kommuns ramavtal Server och lagring 12054 för att tillgodose behov för Skellefteå kommun.

Kravet i 2 kap. 10 § LOU att ett kontrakt ska ha ekonomiska villkor ska förstås så att alla förvärv med någon form av motprestation som har ett ekonomiskt värde omfattas. Vid bedömningen av om ett kontrakt innehåller ekonomiska villkor ska en funktionell bedömning av det aktuella avtalet göras, dvs. det avgörande är vad avtalet i realiteten innebär för parterna. Av EU-domstolens dom i mål C-220/05, Jean Auroux, framgår att en vid tolkning görs av vad som anses utgöra ekonomiska villkor.

I samverkansavtalet anges under rubriken Kostnadsfördelning bl.a. följande. Umeå kommun ska fastställa budgeten för den gemensamma nämnden efter samråd med övriga kommuner enligt detta avtal. Kostnadsfördelningen sker enligt en procentuell beräkning utifrån nyttjande av den gemensamma IT-infrastrukturen. När budgeten fastställs ska de beräknade faktiska kostnaderna ligga till grund för fördelningen.

Vad som enligt ovan regleras i avtalet måste enligt förvaltningsrättens mening anses utgöra ekonomiska villkor, villkor med innebörden att Skellefteå kommun åtar sig att ersätta Umeå kommun för tillhandahållande av den aktuella tjänsten.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att Skellefteå kommun genom samverkansavtalet med Umeå kommun i realiteten införskaffat en tjänst (tillhandahållande av IT-kapacitetstjänster) av Umeå kommun mot ersättning. Det är således fråga om ett kontrakt i LOU:s mening.

Utgör samverkansavtalet en otillåten direktupphandling?

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt ska som huvudregel annonsera upphandlingen. Att så inte har gjorts är ostridigt i målet.

Skellefteå kommun menar att om samverkansavtalet bedöms utgöra ett kontrakt enligt 2 kap. 10 § LOU omfattas det i vart fall av undantaget i 2 kap. 10 a § LOU (de s.k. Teckalkriterierna) eller utgör tillåten samverkan mellan upphandlande myndigheter (s.k. Hamburgsamverkan).

Förvaltningsrätten noterar att Skellefteå kommun har ingått samverkansavtal med Umeå kommun avseende *bildande* av en gemensam nämnd. Samverkansavtalet är således inte mellan Skellefteå kommun och en gemensam nämnd. Det är därmed inte relevant huruvida kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda i förhållandet mellan Skellefteå kommun och den gemensamma nämnden. Kriterierna ska istället bedömas mellan Skellefteå kommun och Umeå kommun, en relation för vilken kriterierna uppenbart inte uppfylls. Härmed följer att samverkansavtalet inte omfattas av 2 kap. 10 a § LOU.

Vad gäller s.k. Hamburgsamverkan är en av förutsättningarna för att en samverkan mellan upphandlande myndigheter ska falla utanför regelverket om offentlig upphandling att ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter.

Umeå kommun har genomfört avrop från sitt befintliga ramavtal för att tillgodose Skellefteå kommuns behov. Det får också antas att Skellefteå kom-

muns behov av IT-kapacitet även framledes under ramavtalets löptid kommer att tillgodoses genom avrop från ramavtalet. Ramavtalet upphandlades under 2012 och den gemensamma nämnden bildades under 2014. Skellefteå kommun är inte heller avropsberättigad på ramavtalet. Genom att göra avrop från befintligt ramavtal för att tillgodose Skellefteå kommuns behov ökas ramavtalets omfattning på ett sådant sätt att de i ramavtalet antagna leverantörerna gynnas gentemot sina konkurrenter. Vad som anförs av Skellefteå kommun om att Umeå kommun genom punkt 8 i ramavtalet tagit höjd för den uppkomna situationen medför inte någon annan bedömning. Att genom bildandet av en gemensam nämnd i praktiken utöka antalet avropsberättigade parter kan nämligen inte ses som en förändring endast av Umeå kommuns interna organisation.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att samverkansavtalet varken uppfyller de s.k. Teckalkriterierna eller förutsättningarna för s.k. Hamburgsamverkan. Det har inte heller framkommit att något undantag från annonseringsskyldighet skulle vara tillämpligt. Samverkansavtalet har således inneburit en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiften och dess storlek

Eftersom Skellefteå kommun genomfört en otillåten direktupphandling finns förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § punkten 3 LOU besluta om upphandlingsskadeavgift.

När det gäller upphandlingsskadeavgiftens storlek bedömer förvaltningsrätten överträdelsen som allvarlig eftersom Skellefteå kommun underlåtit att tillämpa LOU och istället genomfört en otillåten direktupphandling.


Sanktionsvärdet måste därför anses vara högt.

Konkurrensverket har utifrån uppgifter från Skellefteå kommun om kostnader för den gemensamma nämnden uppskattat kontraktsvärdet till

16 582 500 kr. Storleken på yrkad upphandlingsskadeavgift är 140 000 kr, vilket är samma belopp som yrkats i ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende Umeå kommun och som har sin grund i likartat händelseförlopp. Oktat om det av Konkurrensverket uppskattade kontraktsvärdet möjligen kan vara väl högt räknat finner förvaltningsrätten inte anledning att ifrågasätta lämpligheten av storleken på yrkad upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgiften bör därför bestämmas till 140 000 kr. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

Upplysningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag beslutat att även Umeå kommun ska betala upphandlingsskadeavgift om 140 000 kr, se mål nr 471-15.

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


Patrik Södergren
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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 nås 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.