

PM 2 2011-05-10 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (otillåten direkttilldelning).**

*Luleå tekniska universitet (LTU) har utan annonserad infordran av konkurrerande anbud köpt trycktjänster direkt från viss leverantör.*

Luleå tekniska universitet (nedan LTU) har från det privata tryckeriföretaget Elanders Sverige AB (nedan Elanders) köpt tjänster för tryckning av kurskatalog avseende läsåret 2011/12. Någon annons om upphandling eller protokoll från beslut om tilldelning av aktuellt kontrakt till LTU finns inte. Själva tryckningen uppges ha handlagts av en reklambyrå, Favör Reklambyrå AB (nedan Favör), med vilken LTU har ett tidigare upphandlat ramavtal. Såvitt får förstås har Favör i det aktuella köpet biträtt LTU med att inhämta anbud avseende aktuella trycktjänster samt på egen hand beslutat om tilldelningen av aktuella tjänster till Elanders.<sup>1</sup> Aktuell anbudsgivning och fakturering har i enlighet med vad som redovisats nedan dock skett direkt mellan LTU och Elanders.

LTU:s återopade uppdrag till Favör kan inte grundas annat än i en upphandling som genomfördes våren 2009. Denna upphandling avser ”produktions- och reklambyråtjänster” och av förfrågningsunderlaget framgår explicit att ”[u]pphandlingen avser ej trycktjänster, foto, copy eller strategirådgivning”.<sup>2</sup> Inte heller av LTU:s i upphandlingen aktuella kontrakt med Favör framgår att avtalet avser trycktjänster, utan detta hänvisar i aktuellt avseende till upphandlingsunderlaget med bilagor.<sup>3</sup>

Anbud avseende aktuella tjänster upprättades av Elanders den 13 september 2010 och ställdes till LTU.<sup>4</sup> En faktura avseende utförda tjänster på 2.581.977 kronor exklusive moms upprättades den 28 februari 2011, även denna ställt till LTU.<sup>5</sup> Universitetet har även betalat direkt till Elanders enligt faktura för utförda tjänster.

Inom staten föreligger det ett ramavtal avseende trycktjänster<sup>6</sup> vilket tidigare upphandlats av Verket för högskoleservice (VHS), såsom ansvarig funktionsupphandlande myndighet.<sup>7</sup> Enligt detta avtal kan avrop utan ytterligare upphandling ske från totalt tio (10) leverantörer, däribland Elanders. Avrop kan ske antingen utifrån lägsta pris, varvid beställning ska ske till den leverantör som har erbjudit det sammantaget lägsta priset på de tjänster som är föremål för avrop.

<sup>1</sup> Se e-mail av den 26 april 2011, från LTU till Konkurrenskommissionen, där universitetet som svar på en begäran om utlämnade av allmän handling uppger bl.a. följande: ”Det finns inga upphandlingsdokument avseende tryckning av kurskatalog, utan LTU har använt upphandlad reklam- och produktionsbyrå Favör Reklambyrå i Luleå AB för detta uppdrag”.

<sup>2</sup> Se Luleå tekniska universitet, ”Förfrågningsunderlag avseende: Produktions- och reklambyråtjänster 2009”, daterat den 29 april 2009 (dnr. 901-09), punkten 3 ”Omfattning” jämte bilaga 1 med ”Kravspecifikation”, punkten 2 ”Kravspecifikation”, s. 2 överst. Den aktuella upphandlingen gäller en period av ett år (2009) med möjlighet till förlängning årsvis under maximalt fyra år (1+1+1+1). Tilldelning beslutades den 31 augusti 2009 genom att LTU antog Favör som leverantör at aktuella tjänster som rangordnad etta.

<sup>3</sup> Se ”RAMAVTAL produktionsbyråtjänster mellan Luleå tekniska universitet och Favör reklambyrå AB” av den 14 september 2009. Avtalsförhållandet har därefter, i en kompletterande avtalshandling daterad den 26 maj 2010, förlängts till att gälla till och med den 15 september 2011.

<sup>4</sup> Se Elanders, offert nummer 547873 av den 13 september 2010, tillställd ”Luleå tekniska universitet, Fakturaservice, Fe 277, 833 83 Strömsund”. Offerten avser bl.a. tryckning av ”(Svanen) Kurskatalog Luleå Tekniska Universitet” i en upplaga på 300.000 exemplar för 2.284.800 kronor (exklusive moms). Aktuell offertförfrågan från LTU är daterad den 29 september 2010, d.v.s. c:a två veckor efter Elanders offert till LTU och aldrig utgiven till annan än Favör. Favör har därefter, den 8 oktober, såsom ombud för LTU kontaktat ytterligare två tryckerier GTC Print AB samt Sörmanlands Grafiska AB, med förfrågan om anbud.

<sup>5</sup> Se Elanders, faktura nummer 406090 av den 28 februari 2011 tillställd ”Luleå tekniska universitet, Fakturaservice, Fe 277, 833 83 Strömsund”. Fakturan avser tryckning av ”(Svanen) Kurskatalog Luleå Tekniska Universitet” i en upplaga på 300.000 exemplar för 2.284.800 kronor samt därtill kommande tjänster för distribution m.m. med 297.177 kronor, således totalt 2.581.977 kronor (exklusive moms).

<sup>6</sup> Se ramavtal 6-0096-49076, av den 10 oktober 2007, innefattande Statligt ramavtal avseende tryckeritjänster, Anbudsområde A: Tryckeri, upprättat mellan staten genom Verket för Högskoleservice (VHS) och Elanders Sverige AB. Avtalet är efter tillägg förlängt till att gälla till och med den 31 december 2011.

<sup>7</sup> Det statliga funktionsansvaret för aktuellt ramavtal har numera övergått från Verket för högskoleservice (VHS) till Kammarkollegium.

Alternativt kan berörda upphandlande myndigheter i s.k. *förnyad konkurrensutsättning*<sup>8</sup> erbjuda samtliga antagna ramavtalsparter att (inom ramavtalet) lämna specificerade anbud på den konkreta tryck tjänst som ska beställas.<sup>9</sup> Vad avser statens ramavtal med Elanders är avropsrutinen för detta avtal att förnyad konkurrensutsättning ska genomföras, varvid samtliga tio kontrakterade leverantörer ska lämnas möjlighet att lämna anbud. Någon sådan förnyad konkurrensutsättning har heller aldrig genomförts avseende den aktuella beställningen.

Statliga myndigheter är inte obligatoriskt skyldiga att avropa på statens ramavtal. De kan välja att genomföra sina anskaffningar på annat sätt om de finner att en annan form av avtal sammantaget ger en bättre lösning. Myndigheten har dock vid sådan anskaffning att iaktta bestämmelserna i LOU om bl.a. krav på annonsering m.m.<sup>10</sup>

Den aktuella tilldelningens s.k. kontraktvärde kan med ledning av fakturerat belopp uppskattas till 2.581.977 kronor.

### Gällande rätt

Med *offentlig upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelning av bland annat ett *offentlig tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor<sup>11</sup> som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster.

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats<sup>12</sup> efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.<sup>13</sup> Lagen är en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).<sup>14</sup>

För upphandling som har *påbörjats*<sup>15</sup> efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

---

<sup>8</sup> Se 5 kap. 7§ LOU.

<sup>9</sup> Den upphandlande myndigheten ska vid förnyad konkurrensutsättning upprätta ett skriftligt underlag samt erbjuda samtliga antagna leverantörer i ramavtalet att lämna anbud på detta underlag.

<sup>10</sup> Se förordningen (1998:796) om statlig inköpsamordning.

<sup>11</sup> Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

<sup>12</sup> En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

<sup>13</sup> 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

<sup>14</sup> Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

<sup>15</sup> En upphandling ska enligt prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568 anses *påbörjad* när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud. I prop. 2009/09:180, s. 374, anges vidare att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses *påbörjad* först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt. Se även EU-domstolens dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, enligt vilken en upphandling ska kunna överprövas i nationell domstol från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan.

Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt, däribland trycktjänster (CPV 79820000-8) tryckning och tillhörande tjänster (CPV 79800000-2) samt tryckning och distribution (CPV 79824000-6)<sup>16</sup> utgör s.k. A-tjänster, kategori 15 enligt bilaga 2 till LOU. Om det samlade värdet av det kontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU, normalt genom öppen upphandling eller selektivupphandling. Enbart om aktuellt kontraktvärde understiger detta tröskelvärde, får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, normalt genom en s.k. *förenklad upphandling* eller *urvalsupphandling*.

Ett icke annonserat förfarande, där den upphandlande myndigheten vänder sig direkt till viss leverantör (*förhandlat förfarande utan föregående annonsering* eller *direktupphandling*), tillåts förekomma endast undantagsvis om vissa i lagen angivna förutsättningar är uppfyllda (se vidare nedan).

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. För närvarande (2011) uppgår tröskelvärdet för statlig offentlig upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.243.375 kronor.<sup>17</sup>

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. statliga myndigheter. De som är skyldiga att iaktta lagens bestämmelser anges enligt lagens terminologi som *upphandlande myndigheter*.<sup>18</sup> Tillsynen över den offentliga upphandlingen utövas av Konkurrensverket.<sup>19</sup>

Bestämmelserna i LOU är tvingande för upphandlande myndigheter.<sup>20</sup> Enligt rättspraxis (RÅ 2008 ref. 26) ska som huvudregel LOU iakttas vid köp av varor, tjänster eller byggtjänster som genomförs av en upphandlande myndighet från en från myndigheten fristående juridisk person.

Enligt 1 kap. 7 § LOU behöver regelverket inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning som är förenlig med Romfördraget har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten.<sup>21</sup> Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart viss leverantör rent faktiskt kan komma

---

<sup>16</sup> CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

<sup>17</sup> Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU, löpande av regeringen i Svensk författningssamling Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 125.000 euro eller 1.243.375 svenska kronor; se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>18</sup> Genom införandet av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även s.k. *offentligt styrda organ*, såsom kommunala bolag, vilka tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Den tidigare förekommande beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

<sup>19</sup> Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

<sup>20</sup> Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

<sup>21</sup> Enligt 2 kap. 10 a § LOU gäller vidare att upphandlande myndigheter som är statliga eller kommunala myndigheter, beslutande kommunala församlingar eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller församlingar undantagsvis får tilldela kontrakt till fristående juridiska personer i vilka de själva är delägare eller medlemmar, utan att något föregående upphandlingsförfarande behöver genomföras (s.k. Teckal-undantag).

ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför dock inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.<sup>22</sup>

Vid upphandling enligt LOU ska enligt 1 kap. 9 § LOU den upphandlande myndigheten behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra sina upphandlingar på ett öppet (transparent) sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. En annons om upphandling av A-tjänster över tröskelvärdet ska på snabbast lämpliga sätt sändas till Europeiska kommissionen<sup>23</sup> för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED.<sup>24</sup>

Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 4 kap. 5-8 §§ och 15 kap. 3 (och tidigare 5 §§ LOU)<sup>25</sup> föreligger vid bl.a. tjänsteupphandling undantag från denna skyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt<sup>26</sup> eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdetsberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

<sup>22</sup> Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I- 3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infordran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfordran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG (tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

<sup>23</sup> 2 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

<sup>24</sup> Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

<sup>25</sup> Den aktuella regleringen har sedan den 15 juli 2010 sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse.

<sup>26</sup> Med *lågt värde* avses ett kontraktvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 287.966 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Med stöd av de ändringar som infördes i LOU från och med den 15 juli 2010 ges förfördelade konkurrenter som klagat på en otillåten direkttilldelning möjlighet att få kontraktet ogiltigförklarat i domstol.

Enligt 16 kap. 15 § LOU ska rätten i sådant fall, på talan av den skadelidande leverantören, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga. Rätten får dock, enligt 16 kap. 16 § LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för att sådant undantag ska komma ifråga åvilar den upphandlande myndigheten.

Den effekt som uppkommer vid ett således meddelat beslut om ogiltigförklaring av domstol är s.k. *ursprungsnullitet*, d.v.s. ett retroaktivt, för båda parter ömsesidigt upphörande av alla avtalsförpliktelser.<sup>27</sup> Detta innebär inte enbart att samtliga framtida förpliktelser i anledning av ett avtal upphör att äga giltighet; de berörda avtalsparterna ska även bära åter vad de hittills har erhållit som prestation enligt avtalet. Betalningar är alltid möjliga att återföra. När det gäller andra prestationer som exempelvis redan konsumerade varor och utförda tjänster är det emellertid svårare att verkställa en återgång. En godtroende leverantör är under alla förhållanden skyldig att återbetala den ersättning han erhållit enligt avtalet. Han kan därefter möjligen söka kompensation genom skadestånd för sådana direkta kostnader som avtalsförhållandet hittills har inneburit för honom. Av de aktuella lagförarbetena framgår bl.a. följande:

”Skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU [...] är till sin ordalydelse tillämpliga även på en sådan situation och det bedöms lämpligt att en leverantör som lidit skada på grund av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska kunna ansöka om skadestånd enligt de bestämmelserna. Någon lagändring är därför inte nödvändig. Bestämmelserna om ogiltighet innebär dock att nya situationer kan uppkomma. Det kan tänkas att en leverantör som har ingått ett avtal och börjat fullgöra detta har haft andra kostnader än en leverantör som inte har tilldelats kontraktet. Som exempel kan nämnas att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid, oaktat att leverantörens avtal med myndigheten har förklarats ogiltigt. Det kan även uppkomma kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. I vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen.

De kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som HD fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen. Därav kan utläsas att ersättningen som regel bör utgå med uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se rättsfallen NJA 2000 s. 712 och 2007 s. 349). Vid den skälighetsbedömning som enligt rättspraxis ska göras bör frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse kunna beaktas”<sup>28</sup>

Detta innebär att inte ens en godtroende leverantör självklart kan räkna med att hållas skadeslös vid beslutad ogiltighet av ett avtal med efterföljande återgång av prestationerna. Kompensation genom skadestånd torde komma ifråga enbart för sådana rörliga kostnader hos leverantören som kan visas hänförliga till det aktuella kontraktet. För det fall den berörda leverantören har varit i *ond tro*, d.v.s. insett eller bort inse att det aktuella kontraktet kommit till i strid mot annonseringskravet i LOU, torde någon skadeståndsmöjlighet över huvud taget inte komma ifråga.

Den upphandlande myndigheten kan vid otillåten direkttilldelning också förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010 och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde.

---

<sup>27</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 136-137.

<sup>28</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 226.

### Yttrande

LTU har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Universitetet har dock, utan att yttra sig i sak, hänvisat till att den aktuella tilldelningen för närvarande prövas rättsligt av Förvaltningsrätten i Luleå.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Som framgår av utredningen har LTU köpt tjänster för tryckning av 2011/2012 års kurskatalog utan något annonserat upphandlingsförfarande enligt LOU och utan att dokumentera sitt beslut om tilldelning etc.

Även om aktuella tjänster har förmedlats genom den reklambyrå, Favör, med vilken LTU har ett ramavtal kan det aktuella uppdraget inte ses såsom ett avrop inom detta ramavtal. För det första omfattar inte ramavtalet trycktjänster. För det andra har Elanders aktuella anbudsgivning såväl som fakturering skett direkt till LTU. Det avtalsförhållande som härvid uppkommit är sålunda direkt mellan LTU och Elanders.

Det tryckavtal som således har ingåtts avser A-tjänster till kontraktsvärde av c:a 2,6 miljoner kronor och ska mot denna bakgrund bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1 – 14 kap. LOU.

LTU har kunnat vända sig till Elanders i en förnyad konkurrensutsättning enligt gällande ramavtal för den statliga sektorn, men så har emellertid inte skett. Genom att myndigheten härigenom frångått rutinerna för det statliga ramavtalet, utgör den aktuella beställningen av trycktjänster en ny upphandling som ska handläggas med iakttagande av LOU.

Lagstadgad ensamrätt som medför att endast Elanders kan komma ifråga för att tillhandahålla aktuella tjänster föreligger inte och på den aktuella marknaden finns det flera privata tryckeriföretag som skulle kunna komma ifråga för att lämna anbud på att trycka LTU:s kurskatalog. Någon möjlighet för LTU att genom s.k. Teckal-undantag köpa aktuella tjänster direkt från Elanders föreligger heller inte.

Synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på LTU, har inte ens påståtts föreligga vid tidpunkten för den aktuella tryckeribeställningens tillkomst. Förutsättningarna för det tidigare konkurrensupphandlade statliga ramavtalet för tryckeritjänster, inom vilket aktuella tjänster skulle kunna rymmas, har inte iakttagits i det aktuella fallet inte och det är heller inte fråga om kompletteringsbeställning av några dylika tjänster. Det är heller inte så att de aktuella tjänsterna av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras till LTU endast av Elanders.

Inget av de i LOU förekommande undantagen från kraven på annonserad upphandling är således tillämpliga i det aktuella fallet. Genom att tilldela det aktuella kontraktet direkt till Elanders har LTU brutit mot de grundläggande principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) som ytterst följer av EU-fördragen.

Skulle allmän förvaltningsdomstol vid en prövning av det aktuella avtalsförhållandet mellan LTU och Elanders finna att detta har tillkommit i strid mot LOU, medför detta att avtalet riskerar att komma att ogiltigförklaras. Aktuell ogiltighet träffar i sådant fall avtalet med retroaktiv s.k. *nullitetsverkan*. Detta medför i så fall att Elanders kan tvingas bära åter vad bolaget har erhållit i ersättning från LTU samtidigt som LTU, i möjligaste mån, måste returnera kvarvarande kurskataloger till Elanders. LTU riskerar även att ådömas att betala en upphandlingsskadeavgift på c:a 280.000 kronor.