

ANSÖKAN

2016-01-14 Dnr 28/2016 1 (7)

Förvaltningsrätten i Jönköping
Box 2201
550 02 Jönköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Herrljunga kommun, Torget 1, 524 30 Herrljunga

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Herrljunga kommun ska betala 50 000 (femtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Grunder

1. Herrljunga kommun har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 28 januari 2015 ingå avtal om köp av bemanningstjänster med Workit Goodwill invest AB (Workit) utan föregående annonsering. Avtalet utgör en direktupphandling av samma slag som två andra avtal som kommunen direktupphandlade den 19 januari 2015 respektive den 7 april 2015. Det totala värdet av de tre avtalen överstiger tillämplig direktupphandlingsgräns. Eftersom det saknades förutsättningar att ingå avtalet den 28 januari 2015 utan föregående annonsering utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Herrljunga kommun och Vårgårda kommun har ingått en överenskommelse om att bilda en gemensam nämnd med syfte att tillgodose de två kommunernas behov av IT-stöd, telefoni och hantering av telefonväxel. Den gemensamma nämnden bildades den 1 januari 2015. Personal som var anställd hos Herrljunga kommun respektive hos Vårgårda kommun och som arbetade inom aktuella områden erbjöds anställning hos den nyinrättade nämnden. I december 2014 avböjde två arbetstagare sådant erbjudande, vilket medförde personalbrist i den gemensamma nämnden. Personalbristen förstärktes ytterligare av sjukfrånvaro bland övrig personal. Ett rekryteringsarbete påbörjades därför i syfte att åtgärda den uppkomna personalbristen. Detta arbete resulterade emellertid inte i att någon ny personal fanns på plats vid nämndens bildande och det uppstod därför en personalbrist i början av 2015.

Herrljunga kommuns köp av bemanningstjänster

3. I syfte att täcka den uppkomna personalbristen och i väntan på att det pågående rekryteringsarbetet kunde avslutas hyrde Herrljunga kommun in konsulter för utförande av aktuella IT- och telefonitjänster från Workit. Utförandet av dessa tjänster reglerades i så kallade uppdragsavtal. Herrljunga kommun har sammanlagt ingått tre sådana uppdragsavtal med Workit enligt följande:
 - (i) Den 19 januari 2015 ingick Herrljunga kommun det första uppdragsavtalet med Workit avseende köp av bemanningstjänster (Avtal 1), bilaga 1. Av avtalet framgår att tjänsterna skulle tillhandahållas under perioden 26 januari–26 maj 2015.
 - (ii) Den 28 januari 2015 ingick Herrljunga kommun ytterligare ett uppdragsavtal med Workit avseende köp av bemanningstjänster (Avtal 2), bilaga 2. Tjänsterna skulle tillhandahållas under perioden 28 januari–26 maj 2015.

- (iii) Den 7 april 2015 ingick Herrljunga kommun ett tredje uppdragsavtal med Workit avseende köp av bemanningstjänster (Avtal 3), bilaga 3. Tjänsterna skulle tillhandahållas under perioden 7 april–1 juni 2015.
4. Samtliga tre avtal mellan Herrljunga kommun och Workit innehöll förlängningsoptioner och ingicks utan föregående annonsering.
 5. Den initierade rekryteringsprocessen försenades på grund av oklarheter om hur den gemensamma nämnden skulle bemannas och vilka kompetenser som behövdes för att utföra arbetet. Herrljunga kommun använde sig därför av de förlängningsoptioner som fanns i Avtal 1-3 för att på så vis säkerställa behovet av bemanning till dess rekryteringsprocessen var avslutad och ny personal var på plats. Avtal 1 förlängdes till och med den 26 juli 2015, Avtal 2 förlängdes månadsvis fram till och med den 26 augusti 2015 och Avtal 3 förlängde månadsvis fram till och med den 1 september 2015. Samtliga förlängningar gjordes muntligen.
 6. I Avtal 1-3 anges timpriser för utförande av aktuella tjänster, vilka även har tillämpats under den förlängda avtalstiden. Workit har löpande fakturerat Herrljunga kommun för tjänster som utförs enligt avtalen (inklusive under de förlängda avtalstiderna) och något slutligt pris för arbetet framgår inte av avtalen. Under Konkurrensverkets utredning har Herrljunga kommun uppgett att Workit har fakturerat 413 600 kronor avseende Avtal 1, 482 240 kronor avseende Avtal 2 respektive 365 064 kronor avseende Avtal 3.¹ Sammanlagt har Workit därmed fakturerat Herrljunga kommun (413 600 + 482 240 + 365 064) 1 260 904 kronor exkl. mervärdesskatt för utförande av tjänster enligt de tre avtalen. Beloppen avser arbete som utförts under den ursprungliga avtalstiden och under de efterföljande förlängningarna.

Avtalet den 28 januari 2015 utgör en otillåten direktupphandling

7. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud (15 kap. 4 § LOU). Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.
8. Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vidare ska värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande

¹ Samtliga belopp exklusive mervärdesskatt.

myndigheten har gjort under ett räkenskapsår läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.

9. Vid tidpunkten för de aktuella upphandlingarnas påbörjande uppgick direktupphandlingsgränsen till 505 800 kronor. Värdet av det arbete som utförts enligt Avtal 1 (413 600 kronor) understiger därmed nämnda gräns.
10. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör emellertid Avtal 1-3 direktupphandlingar av samma slag i den mening som avses i 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU. Detta eftersom avtalen avser utförande av samma typ av bemanningstjänster inom IT- och telefoni som var avsedda att täcka samma behov hos den upphandlande myndigheten. Vidare har samtliga tjänster utförts av samma leverantör. Vid beräkningen av kontraktsvärdet för Avtal 2 ska således även värdet av Avtal 1 och Avtal 3 beaktas.
11. Som påtalats ovan (se punkt 6) har Workit sammanlagt fakturerat Herrljunga kommun 1 260 904 kronor exkl. mervärdeskatt för utförande av tjänster enligt de tre avtalen. Värdet av Avtal 2 ska därmed beräknas till nämnda belopp och överstiger således tillämplig direktupphandlingsgräns, men understiger det då gällande tröskelvärdet (1 806 427 kronor). Avtal 2 omfattas således av bestämmelserna i 15 kap. LOU (1 kap. 2 § LOU).
12. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.² Enligt Konkurrensverkets uppfattning har det inte funnits skäl som motiverar avsaknaden av annonsering. Avtal 2 borde därför rätteligen ha annonserats enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Eftersom någon sådan annonsering inte har skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

13. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.³

² Se bl.a. prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

14. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁴

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

15. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁵ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 260 904 kronor (se punkt 11 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst (1 260 904 × 0,1) 126 090 kronor (avrundat).
16. 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).
17. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁶
18. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.⁷ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁸

⁴ A prop. s. 196–197.

⁵ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁶ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

⁷ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

⁸ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

19. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Överträdelsen är klar. Det kan vidare konstateras att Herrljunga kommun har varit föremål för Konkurrensverkets tidigare granskning. Förvaltningsrätten i Jönköping har i en dom den 7 januari 2015 i mål nr 2622-14 beslutat att bifalla Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling av enhetschefstjänster inom kommunen.⁹ Genom ingåendet av de nu aktuella avtalen har kommunen alltså genomfört otillåtna direktupphandlingar vid upprepade tillfällen. Detta utgör en försvårande omständighet vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde.¹⁰
20. Detta ska vägas mot att Herrljunga kommun på eget initiativ har informerat Konkurrensverket om ingåendet av de aktuella avtalen med Workit och uppmärksammat tillsynsmyndigheten på den överträdelse av annonseringskyldigheten som man anser föreligger. Vid tidpunkten för underrättelsen hade Konkurrensverket inte kännedom om den aktuella överträdelsen och hade inte initierat någon utredning avseende de aktuella direktupphandlingarna. Detta bör enligt Konkurrensverket medföra att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till ett lägre belopp än vad som annars hade varit fallet.¹¹
21. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 50 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Kristoffer Sällfors

⁹ Förvaltningsrättens dom överklagades inte och har därmed vunnit laga kraft.

¹⁰ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 4402-14. Kammarrätten fann att Malmö kommun, som hade genomfört två otillåtna direktupphandlingar (en om snöröjningstjänster och en om ramavtal för hyra av byggställningar) under en period om tre år, uppvisade ett sådant upprepat beteende som påverkade avgiftens storlek i skärpande riktning.

¹¹ Jfr Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 september 2013 i mål nr 19810-13 och i mål nr 19811-13.

Bilagor

1. Uppdragsavtal avseende bemanningstjänster mellan Herrljunga kommun och Workit AB av den 19 januari 2015.
2. Uppdragsavtal avseende bemanningstjänster mellan Herrljunga kommun och Workit AB av den 28 januari 2015.
3. Uppdragsavtal avseende bemanningstjänster mellan Herrljunga kommun och Workit AB av den 7 april 2015.