

ANSÖKAN

2014-05-22 Dnr 364/2014 1 (9)

Förvaltningsrätten i Jönköping
Box 2201
550 02 Jönköping

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Herrljunga kommun, Torget 1, 524 23 Herrljunga

Saken

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

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Herrljunga kommun ska betala 65 000 (sextiofemtusen) 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 LOU genom att den 29 maj 2013 ingå avtal med Teambo Konsult AB utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Omständigheter

Bakgrund

2. Konkurrensverkets utredning av Herrljunga kommuns (Kommunen) köp av konsulttjänster initierades genom en artikel i Alingsås tidning den 15 juli 2013, bilaga 1. Artikeln belyste bland annat att Kommunen mellan åren 2011 – 2013 köpt konsulttjänster från Teambo Konsult AB (Teambo) till ett värde om cirka 6,5 miljoner kronor utan att tillämpa annonseringsreglerna i LOU. Konkurrensverket tillskrev därför Kommunen och begärde in kopior av Kommunens avtal med Teambo, en redogörelse för huruvida aktuella avtal hade föregåtts av annonsering samt, för de fall annonsering inte hade skett, redogörelse för eventuella bestämmelser och omständigheter som Kommunen åberopade till stöd för avsaknaden av annonsering.

Kommunens köp av konsulttjänster till socialförvaltningen

3. Av de handlingar som Konkurrensverket har inhämtat från Kommunen inom ramen för sin utredning framgår att Kommunen, genom socialförvaltningen, vid upprepade tillfällen har slutit avtal med Teambo.
4. De av Teambo tillhandahållna tjänsterna har avsett konsultuppdrag inom vård- och omsorgssektorn. Konsulterna har arbetat inom olika enheter på Kommunens socialförvaltning. Konsulterna har arbetat som *enhetschefer*, *socialsekreterare*, *biståndshandläggare* respektive *metodutvecklare*.
5. Varje avtal mellan Kommunen och Teambo har reglerats i ett s.k. uppdragsavtal. I uppdragsavtalen regleras bland annat vilken konsult som har tillhandahållits för uppdraget, konsultens roll, uppdragsperiod, arbetsuppgifter, arbetstid och priser.
6. Antalet slutna avtal med Teambo har ökat för varje år liksom värdet av avtalen.
7. Av de handlingar som Konkurrensverket har inhämtat framgår att Kommunen sedan februari 2011 fram till september 2013 har slutit sammanlagt 24 skriftliga uppdragsavtal med Teambo avseende aktuella konsultuppdrag, se sammanställning i bilaga 2.

8. Konkurrensverkets granskning har visat att Kommunen därutöver slutit i vart fall ett muntligt avtal med Teambo, baserat på utdrag av leverantörsreskontra och fakturor. Under år 2013 har Kommunen erlagt sammanlagt 3 774 851 kronor exklusive moms till Teambo för samtliga köp av konsulter för uppdrag inom socialförvaltningen, se bilaga 3.
9. Kommunens ingående av avtal med Teambo har inte föregåtts av annonserade förfaranden enligt LOU, utan samtliga avtal under åren 2011 - 2013 har varit oannonserade kontraktstilldelningar.
10. Kommunen har i skriftväxlingen med Konkurrensverket hänvisat till att direktupphandling får tillämpas om kontraktets värde understiger direktupphandlingsgränsen eller om synnerliga skäl föreligger enligt 15 kap. 3 § LOU. Kommunen har angett att omständigheter som hög personalomsättning och hög arbetsbelastning har föranlett att Kommunen kontaktade Teambo första gången år 2011. Vidare har Kommunen uppgett att det från Kommunens sida förutsattes att respektive kontraktstilldelning skedde på ett korrekt sätt och att ingen hos Kommunen således bevakade behovet av eventuell upphandling enligt LOU. Slutligen har Kommunen angett att även andra bemanningsföretag har blivit tillfrågade men ingen av dessa har kunnat tillgodose Kommunens behov, se bilaga 4.

Kommunens ingående av det avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan

11. Den 29 maj 2013 slöt Kommunen ett avtal med Teambo avseende köp av enhetschefstjänster för arbete på enheten för vård och omsorg (Avtalet), bilaga 5. Av Avtalet framgår bland annat att Teambo skulle tillhandahålla konsulttjänster under perioden 3 juni till 30 september 2013. Det är detta avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

12. De tjänster som omfattas av Avtalet utgör en så kallad B-tjänst enligt bilaga 3 till LOU. Konkurrensverkets bedömning är att aktuell tjänst faller inom kategori 22. Enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU omfattas B-tjänster inte av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU, utan ska istället föregås av upphandling enligt 15 kap. LOU, oavsett kontraktets värde.
13. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och samtliga presumtiva leverantörer ska beredas möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Av 15 kap. 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt ska tillämpa reglerna om ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Ett annonserat förfarande är en förutsättning för att alla potentiella leverantörer ska ha en reell möjlighet att konkurrera om offentliga kontrakt och det är endast genom ett annonserat

förfarande som det är möjligt för Kommunen att säkerställa att principerna om likabehandling, ickediskriminering och transparens i 1 kap. 9 § LOU iakttas.

14. En upphandlande myndighet får ingå avtal med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa specificerade undantagsfall. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.¹
15. Eftersom Avtalets kontraktsvärde överstiger gränsen för direktupphandling (284 631 kronor för år 2013) skulle Kommunens ingående av Avtalet ha föregåtts av en konkurrensutsättning genom ett annonserat förfarande enligt LOU, för det fall något undantag från denna skyldighet inte förelåg. Kommunens ingående av Avtalet har inte föregåtts av annonsering.
16. Under Konkurrensverkets utredning har Kommunen anfört att det förelåg synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU för att direkttilldela Avtalet. Till grund för sin inställning har Kommunen anfört att en rekrytering av personal som skulle kunna ha utfört de aktuella tjänsterna, vilket av Kommunen beskrivs som ett alternativ till ingåendet av Avtalet, hade varit svår att genomföra eftersom den hade behövt ske under sommaren 2013. Kommunen anser sig därmed ha hamnat i brådska med att tillgodogöra sig de personalresurser som sedermera köptes in genom Avtalet.
17. Konkurrensverket tillbakavisar Kommunens påstående om att Avtalet kunde direktupphandlas på grund av synnerliga skäl. Till grund för sin inställning anför Konkurrensverket följande.
18. Synnerliga skäl kan utgöras av att det förelåg synnerlig brådska att tilldela det aktuella kontrakt. En sådan brådska får dock inte hänföra sig till omständigheter som myndigheten själv hade kunnat råda över.² Kommunens bristande planering och framförhållning med att bemanna sin egen organisation med aktuell kompetens under perioden 3 juni till 30 september 2013 utgör inte en omständighet som kan legitimera en direkttilldelning av Avtalet.³ Sådant behov är exempel på en omständighet som Kommunen

¹ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

² Se bl.a. prop. 2009/10:180 s. 344 f., prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99.

³ Se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 september 2012 i mål nr 1178-12, Kammarrätten i Stockholms dom den 11 april 2013 i mål nr 5427-12 samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkterna 26 och 28.

borde ha varit medveten om under en längre tid. Att så är fallet framstår särskilt tydligt då behovet av att tillgodogöra sig sådan personal uppenbarligen hade uppdragats redan år 2011 då Kommunen kontaktade Teambo för första gången. Därefter har Kommunen inte vidtagit några åtgärder för att avhjälpa situationen, såsom exempelvis en annonserad upphandling enligt LOU avseende köp av de aktuella tjänsterna.

19. Som påtalats ovan (punkt 10) har Kommunen uppgett att man förutsatte att avtalen med Teambo, inklusive det i målet aktuella Avtalet, tilldelats på korrekt sätt samt att ingen hos Kommunen bevakade behovet av eventuell upphandling enligt LOU. Konkurrensverket vill därför särskilt uppmärksamma att det ankommer på en upphandlande myndighet att säkerställa att det upphandlingsrättsliga regelverket iakttas samt, vid tveksamheter om lagstiftningens innebörd, ta reda på vad som gäller och därefter tillämpa LOU på ett korrekt sätt.⁴
20. Slutligen har Kommunen upplyst om att man även tillfrågat andra bemanningsföretag utöver Teambo, men att ingen av dessa har kunnat tillgodose Kommunens behov (se punkt 10 ovan jämte bilaga 4). Enligt Konkurrensverkets uppfattning inverkar en sådan omständighet inte på konstaterandet att det föreligger en otillåten direktupphandling enligt 17 kap. § 3 LOU.⁵
21. Sammanfattningsvis har det inte förelegat några omständigheter som medför att undantagen i 15 kap. 3 § andra stycket LOU varit tillämpliga vid tidpunkten för ingåendet av Avtalet. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kontraktsvärdeberäkning

22. Beräkningen av kontraktsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 15 kap. 3 a § LOU om det är fråga om upphandlingar av s.k. B-tjänster.
23. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § första stycket LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandlande myndighet får således inte dela upp anskaffningar i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vidare ska den upphandlande myndigheten enligt 15 kap. 3 a § andra och tredje styckena LOU vid beräkningen av kontraktets värde beakta dels options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats, dels *samtliga* direktupphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret. Av tredje stycket följer således att det aktuella kontraktets värde ska

⁴ Jfr. bl.a. Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 17 juli 2013 i mål nr 292-13.

⁵ Se bl.a. förvaltningsrätten i Karlstads dom den 17 juli 2013 i mål nr 292-13.

baseras på det sammanlagda värdet av de direktupphandlingar av samma slag som gjorts tidigare under räkenskapsåret.

24. En upphandlande myndighet måste således ha kontroll över vilka upphandlingar som genomförs utav samma slag inom myndigheten, eftersom värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag inom den upphandlande myndigheten ska läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde.⁶
25. Av de elva avtal som Kommunen har direkttilldelat till Teambo under räkenskapsåret 2013 avser sju avtal om köp av enhetschefer på konsultbasis, se bilaga 5 och bilaga 6. Bland dessa sju avtal ingår Avtalet som är föremål för denna ansökan. Samtliga dessa avtal har tilldelats utan föregående annonsering. Konkurrensverket bedömer att de tjänster som köpts in genom de sju avtalen i det aktuella målet och under de rådande omständigheterna utgör direktupphandlingar av samma slag eftersom de avser köp av samma tjänster, Kommunen har upprepat slutit avtal med en och samma leverantör för uppdrag inom omsorgs- och vårdsektorn, de av Teambo tillhandahållna enhetschefer har arbetat på vård- och omsorgsenheten och individ- och familjeomsorgsenheten inom socialförvaltningen samt att flera av konsulterna återkommande har anlåtats av Kommunen. Kontraktsföremålen i förevarande fall, det vill säga konsulterande enhetschefer som arbetat inom socialförvaltningen, ska sålunda anses vara av samma slag i enlighet med 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU och ska därmed enligt samma lagrum läggas samman med Avtalets värde när man beräknar Avtalets totala kontraktsvärde.⁷
26. Avtalet (punkt 11) har ett kontraktsvärde om 358 001 kronor (avrundat), se beräkning i bilaga 7. Kommunen har som nämnts i punkt 25 slutit sex avtal, utöver Avtalet som ansökan grundar sig på, avseende samma tjänst under räkenskapsåret 2013, se bilaga 6. Det totala värdet av dessa avtal, vilka samtliga har direktupphandlats, uppgår till 1 313 598 kronor exklusive moms. Kostnaderna består av de faktiska konsultarvodena samt kostnader för konsulternas logi och resor. Kommunen har erlagt betalning för samtliga fakturor.
27. Avtalets kontraktsvärde uppgår således efter sammanräkning till (1 313 595 + 358 001) 1 671 596 kronor. Det är detta belopp som Konkurrensverket lägger till grund för sin beräkning av yrkad upphandlingsskadeavgift.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 293.

⁷ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1968-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13 samt Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, 2:a upplagan, 2005 s. 383.

28. Konkurrensverket vill betona att ifrågavarande ansökan inte tar ställning till om Kommunens övriga köp av konsulttjänster från Teambo är att anse som direktupphandlingar av samma slag.

Upphandlingsskadeavgift

29. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i enlighet med 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU får tillsynsmyndigheten ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 17 kap. 1 § 3 LOU.
30. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sådan kan påföras oberoende av uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande myndigheten. Strikt ansvar gäller således.⁸
31. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

32. Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.⁹
33. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som kan inverka sänkande eller höjande på avgiften. Denna metod bidrar till en enhetlighet och

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 192 ff.

⁹ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

förutsebarhet vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avtalets värde är också ett adekvat mått på hur allvarlig överträdelse en otillåten direktupphandling typiskt sett är – ju högre avtalsbelopp desto allvarligare överträdelse.¹⁰ Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbelopp så långt som möjligt bör kunna utgå ifrån ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.¹¹

34. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt.¹² En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, i allmänhet mellan fem och tio procent av avtalets värde. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig förmildrande eller försvårande omständigheter därutöver är för handen, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, i allmänhet mellan sju och åtta procent av avtalets värde. Det ska noteras att Konkurrensverket i flera avgöranden från kammarrätt och förvaltningsrätter fått fullt gehör för sin beräkning av upphandlingsskadeavgiften, vilken bedömts vara väl avvägd.¹³
35. Att det föreligger en överträdelse av upphandlingslagstiftningen i form av en otillåten direktupphandling står enligt Konkurrensverkets mening klart. Överträdelsen är av normalgraden och bör därför medföra en upphandlingsskadeavgift som motsvarar 7-8 procent av avtalets värde.
36. Konkurrensverket har beräknat det sammantagna kontraktsvärdet av direktupphandlingar av samma slag till 1 671 596 kronor (se punkt 27 ovan). En upphandlingsskadeavgift om 130 000 kronor motsvarar cirka 7,8 procent av det samlade kontraktsvärdet.

¹⁰ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

¹¹ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

¹² Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

¹³ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms domar den 11 april 2013 i mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Stockholms dom 7 juni 2012 i mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Växjö dom 15 februari 2012 i mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleås dom den 20 mars 2012 i mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 20 december 2012 i mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Faluns dom den 12 april 2013 i mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 15 april 2013 i mål nr 2916-13, Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 22 april 2013 i mål nr 22373-12, Förvaltningsrätten i Stockholms domar den 29 april 2013 i mål nr 2922-13 respektive 2987-13, Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 17 juli 2013 i mål nr 292-13, Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1785-13 samt Förvaltningsrätten i Växjö domar den 11 mars 2014 i mål nr 3385-13, 3386-13, 3387-13, 3388-13 samt 3389-13.

37. Det avtal som slutits den 29 maj 2013 uppgår i sig till ett lägre värde än det kontraktsvärde som enligt lagens bestämmelser ska ligga till grund för bl.a. hur stor upphandlingsskadeavgift som kan utgå. Vid beräkningen av kontraktsvärdet i detta fall ska, såsom har redogjorts för i punkterna 22-28 ovan, alla direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten gjort under räkenskapsåret beaktas. Det sammantagna kontraktsvärdet angett i punkt 27 inkluderar avtalsvärden som härrör sig från avtal vilka vid tidpunkten för denna ansökan slutits för mer än ett år sedan, och skulle enligt 17 kap. 7 § LOU därför inte i sig kunna angripas med en talan om upphandlingsskadeavgift.
38. Det har i tidigare mål om upphandlingsskadeavgift aldrig prövats hur kontraktsvärdet ska beräknas i den situation som föreligger i förevarande mål. Konkurrensverket anser därför att upphandlingsskadeavgiften denna gång bör uppgå till ett lägre belopp än vad som annars hade varit fallet.
39. En upphandlingsskadeavgift om 65 000 kronor utgör cirka 3,9 procent av det samlade kontraktsvärdet enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU. Enligt Konkurrensverkets uppfattning är den yrkade avgiften vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en väl avvägd och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-

Per Karlsson

Kristoffer Sällfors

Bilagor

1. Utdrag ur Alingsås tidning 15 juli 2013.
2. Sammanställning av avtal 2011-2013.
3. Sammanställning av fakturor avseende Kommunens köp av tjänster från Teambo under 2013.
4. Kommunens skrivelse till Konkurrensverket av den 15 oktober 2013.
5. Avtalet mellan Kommunen och Teambo av den 29 maj 2013.
6. Avtal mellan Kommunen och Teambo.
7. Sammanställning av kontraktsvärden för avtal som ingåtts mellan Kommunen och Teambo under 2013.