

Förvaltningsrätten i Växjö
Box 42
352 33 Växjö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Landstinget Kronoberg, 351 88 Växjö

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 Landstinget Kronoberg ska betala 200 000 (tvåhundratusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

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

www.konkurrensverket.se

Grunder

1. Landstinget Kronoberg har brutit mot LOU genom att den 7 februari 2013 utan föregående annonsering ha slutit avtal med Solving Efeso AB avseende köp av konsulttjänster. Eftersom förutsättningar för ett icke-annonserat förfarande inte förelegat utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Landstingsstyrelsen i Landstinget Kronoberg (landstinget) konstaterade under hösten 2012 att den ekonomiska utvecklingen krävde omfattande åtgärder för att nå en ekonomi i balans. Landstingsdirektören gavs därför i uppdrag att redovisa konkreta förslag till åtgärder, vilka därefter fastställdes av landstingsstyrelsen. De beslutade åtgärderna avsåg bland annat en effektivare upphandling av varor och tjänster, ett undersökande av alternativa driftformer inom den medicinska servicen samt en översyn av den köpta sjukvården, se [bilaga 1](#).
3. I syfte att verkställa landstingsstyrelsens beslut anlidade landstinget konsultföretaget Solving Efeso AB (Solving Efeso) för stöd vid genomförande av åtgärderna och ingick under perioden oktober 2012–mars 2013 flera avtal med företaget avseende olika konsulttjänster.

Landstingets avtal med Solving Efeso avseende Inköpsprojekt 2013

4. Det är endast ett av de avtal som ingåtts mellan landstinget och Solving Efeso som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift, nämligen det avtal som ingicks mellan parterna den 7 februari 2013 om konsulttjänster avseende Inköpsprojekt 2013 i Landstinget Kronoberg, se [bilaga 2](#). Avtalet tilldelades Solving Efeso utan föregående annonsering.
5. Enligt avtalet ska landstinget utge ett arvode till Solving Efeso om 1 485 000 kronor. Därutöver finns möjlighet för parterna att överenskomma om ytterligare tilläggstjänster och ändringar vid behov. Landstinget har uppgett att tilläggsavtal tecknats avseende projektledartjänster för perioden mars–oktober 2013, till ett värde om 460 400 kronor. Utöver detta stod landstinget för resekostnaderna för Solving Efesos konsulter. Det sammanlagda avtalsvärdet uppgick enligt landstinget till 2 700 000 kronor, se bilaga 1.

Landstingets övriga tjänsteavtal med Solving Efeso

6. Den 15 oktober 2012 ingick landstinget ett avtal med Solving Efeso avseende inköpsanalys, vilken skedde genom en faktainsamling avseende inköpen från landstingets samtliga leverantörer under ett år. Analysen sammanfattades i en rapport till landstingsledningen och låg därefter till grund för det ovan nämnda Inköpsprojekt 2013. Värdet av detta avtal uppgick enligt

landstingets uppgifter till 375 000 kronor. Även detta avtal tilldelades Solving Efeso utan föregående annonsering. Preskriptionstiden för att ansöka om upphandlingsskadeavgift har dock numera löpt ut, varför detta avtal inte omfattas av Konkurrensverkets ansökan.

7. Den 25 januari 2013 tecknades ett avtal mellan landstinget och Solving Efeso om konsulttjänster avseende medicinsk service. Ett antal tilläggsavtal tecknades därtill mellan parterna och den slutliga kontraktssumman uppgår enligt landstinget till 933 835 kronor. Även för detta icke-annonserade avtal gäller att preskriptionstiden för en ansökan om upphandlingsskadeavgift numera har löpt ut.

Landstingets redogörelse för omständigheterna vid kontraktstilldelningarna

8. I svar till Konkurrensverket under ärendets utredning har landstinget bland annat uppgett att ovan angivna avtal med Solving Efeso skulle ha upphandlats genom öppet förfarande enligt LOU. Landstinget har som skäl för direkttilldelningarna hänvisat till den rådande ekonomiska situationen, varför landstingsledningen var angelägen om att åtgärder snabbt kunde vidtas. Enligt landstingets bedömning förelåg dock inte några sådana omständigheter som kunde motivera att bestämmelserna i 4 kap. 5-8 §§ LOU, vilka möjliggör undantag från annonseringsplikten, skulle vara tillämpliga, se bilaga 1.

Landstingets avtal med Solving Efeso utgör en otillåten direktupphandling

9. Enligt huvudregeln ska offentliga upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska ges möjlighet att lämna anbud respektive ansöka om att få lämna anbud. Avtal får ingås med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa i LOU specificerade undantagsfall. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.¹
10. Den typ av konsulttjänster som inköpsprojektet omfattar avser enligt Konkurrensverkets bedömning projektledar-, upphandlings- och organisationskonsulttjänster. Dessa typer av tjänster är att anse som A-tjänster enligt bilaga 2 till LOU (kategori 11). Tjänsterna skulle därmed rätteligen ha annonserats i enlighet med bestämmelsen i 7 kap 1 § LOU. Någon annonsering har dock över huvud taget inte skett.

¹ Se bl.a. mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och 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.

11. Konkurrensverket anser, i linje med landstingets egen bedömning, att det inte förelegat några skäl som motiverat ett undantag från annonseringsskyldigheten enligt bestämmelserna i 4 kap 5-8 §§ LOU. Eftersom det inte heller i övrigt framkommit några skäl för ett icke-annonserat förfarande utgör landstingets avtal av den 7 februari 2013 med Solving Efeso en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

12. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU efter ansökan av tillsynsmyndigheten besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket är enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige.
13. En ansökan om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling ska, om ingen överprövning av avtalets giltighet har skett, enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Kontraktsvärdet

14. Beräkningen av avtalets värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.
15. I avtalet avseende inköpsprojektet har en fast ersättning om 1 485 000 kronor exklusive resekostnader avseende de i avtalet specificerade tjänsterna fastställts mellan parterna. Det har därutöver funnits möjlighet för parterna att överenskomma om tilläggsbeställningar. Enligt landstingets skriftliga redogörelse har tilläggsbeställningar och resekostnader medfört att avtalets sammanlagda värde uppgått till cirka 2 700 000 kronor.²

Sanktionsvärde och avgiftens storlek

16. En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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. Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används

² Se landstingets svar till Konkurrensverket daterat den 21 januari 2014, punkt 4 (bilaga 1).

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 överträdelserna 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.³

18. 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 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.⁴ 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 överträdelserna som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet.⁵ I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift har lagstiftaren också hänvisat till dessa allmänna riktlinjer.⁶
19. 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.⁷ 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 av normalgraden, bör avgiften ligga i mitten av den övre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. Konkurrensverket har i ett stort antal avgöranden från kammarrätter och förvaltningsrätter fått fullt gehör för denna uppfattning.⁸

³ Prop. 2009/10:180 s. 196-197 och 370.

⁴ Jfr prop. 2009/10:180 s. 197.

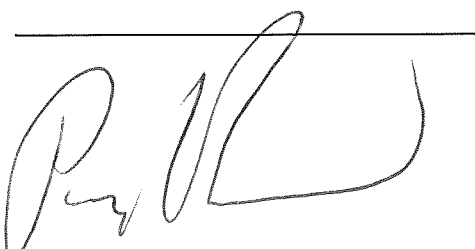
⁵ Se bl.a. prop. 1981/82:142 s. 24-25 och bet. 1981/82:JuU53.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 183.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 187 och 197.

⁸ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 2916-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 22373-12, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 2922-13 respektive 2987-13 samt Förvaltningsrätten i Karlstad.

20. Vad gäller den i målet aktuella överträdelsen anser Konkurrensverket att dess allvar bör bedömas vara av normalgraden. Avtalets värde har beräknats uppgå till 2 700 000 kronor. En upphandlingsskadeavgift om 200 000 kronor utgör cirka 7,5 procent av detta värde. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Magnus Ehn

Bifogas:

Bilaga 1:

Svarsskrivelse från Landstinget Kronoberg daterad 21 januari 2014

Bilaga 2:

Avtal mellan Landstinget Kronoberg och Solving Efeso, ingånget den 7 februari 2013

mål nr 292-13 respektive mål nr 5156-12. Konkurrensverket noterar att sistnämnda dom inte hade vunnit laga kraft vid tidpunkten för ansökans upprättande.