

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Södertälje kommun, 151 89 Södertälje

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 Södertälje kommun ska betala 425 000 (fyrahundratjugofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Södertälje kommun har brutit mot 7 kap. 1 § LOU¹ genom att den 11 november 2016 ingå avtal om verksamhetssystem med Tieto Sweden Healthcare & Welfare AB (Tieto) utan att annonsera avtalet enligt LOU. Det saknas skäl för att inte annonsera avtalet enligt LOU. Avtalet är därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick genom ett tips information om att Södertälje kommun hade genomfört en otillåten direktupphandling. Med anledning av detta inledde Konkurrensverket ett ärende. Under utredningen framkom följande.
3. Södertälje kommun har genomfört en upphandling benämnd "TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun" med annonseringsdatum den 9 februari 2012. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 11 januari 2013. Av tilldelningsbeslutet framgår att Tieto tilldelats kontraktet.
4. Kommunen ingick avtal med Tieto den 31 januari 2013 för avtalsperioden 31 januari 2013 till 31 januari 2016, se bilaga 1. Avtalsperioden blev sedermera framflyttad på grund av sent startdatum, se bilaga 2. Kontraktet löpte därför ut den 28 februari 2016. Enligt förfrågningsunderlaget fanns möjlighet att förlänga avtalet med ett plus ett (1 + 1) år, se bilaga 3. Avtalet har förlängts och upphör att gälla den 28 februari 2018, se bilaga 4.
5. Den 11 november 2016 slöt kommunen och Tieto ytterligare ett avtal som enligt avtalets ordalydelse ska vara ett förlängningsavtal. Detta avtal avser avtalsperioden 1 mars 2018 till 28 februari 2020 (2016-års avtal), se bilaga 5.
6. Det är 2016-års avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.
7. Södertälje kommun har under Konkurrensverkets utredning uppgett att 2016-års avtal saknar stöd i LOU. Enligt kommunen finns dock långtgående skyldigheter enligt annan lagstiftning för kommunen att säkerställa trygg och säker leverans för äldre och svaga i samhället.

¹ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 då lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

8. Kommunen har vidare uppgett att Social- och omsorgskontoret behöver stabila verksamhetssystem. I dag sköts kommunens IT-drift av Tieto Sweden AB och avtalet löper ut den 31 mars 2018. Under hösten 2016 fick Social- och omsorgskontoret information om att en ny upphandling av kommunens IT-drift planerades. Social- och omsorgskontoret ville undvika att upphandla ett nytt verksamhetssystem samtidigt som kommunens IT-drift upphandlades. 2016-års avtal tecknades för att minimera risken för instabilitet i Social- och omsorgskontorets verksamhetssystem vid ett eventuellt leverantörsbyte av kommunens IT-drift.

Avtalet mellan Södertälje kommun och Tieto utgör en otillåten direktupphandling

9. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna respektive ansöka om att få lämna anbud (7 kap. 1 § LOU). Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras.² För att ett 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 för skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.
10. 2016-års avtal mellan Södertälje kommun och Tieto avser inköp av verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun. Sådana tjänster omfattas av kategori 7 "databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster" i bilaga 2 (A-tjänster) LOU.
11. Södertälje kommun har uppskattat att kontraktsvärdet för 2016-års avtal uppgår till 5 000 000 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta den uppgiften. Avtalets värde överstiger därmed såväl gränsen för direktupphandling som tillämpligt tröskelvärde och inköpen omfattas därför av de direktivstyrda delarna av lagstiftningen.³
12. Det saknas möjlighet enligt såväl annonsen som förfrågningsunderlaget i Södertälje kommuns upphandling "TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun" att ytterligare förlänga avtalet efter dess utgång den 28 februari 2018. 2016-års avtal är därmed inte en laglig avtalsförlängning utan en ny anskaffning.
13. 2016-års avtal skulle därmed ha annonserats enligt 7 kap. 1 § LOU. Konkurrensverket kan konstatera att 2016-års avtal inte har föregåtts av

² Direktupphandlingsgränsen för de aktuella tjänsterna uppgick under året till 534 890 kronor.

³ Kontraktets värde ska beräknas enligt 3 kap. 3 § LOU, se p. 20 i denna ansökan.

någon annonsering och att avtalet utgör en direktupphandling som är otillåten, om det inte funnits skäl att underlåta annonsering.

Det förelåg inte skäl att underlåta att annonsera avtalet

14. Konkurrensverkets ifrågasätter inte de skyldigheter Södertälje kommun har för att omhänderta äldre och svaga i samhället. Kommunen är dock skyldig att iaktta bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen. De skäl som Södertälje kommun har uppgett för att inte annonsera 2016-års avtal har dessutom legat inom myndighetens kontroll. Det har inte framkommit andra skäl som skulle göra det möjligt att tilldela det aktuella avtalet utan annonsering.

Upphandlingsskadeavgift

15. 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 oaktksamhet 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.⁴
16. 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.⁵

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

17. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
18. 2016-års avtal har ingåtts den 11 november 2016. Avtalet undertecknades av kommunen den 31 oktober 2016 och av Tieto den 11 november. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 11 november 2016 och ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ges in till domstolen inom ett år från detta datum.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

19. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt

⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁵ A prop. s. 196–197.

graverande fall.⁶ Upphandlingsskadeavgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

20. Kontraktsvärdet ska enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Beräkningen ska innefatta samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
21. Det aktuella avtalet saknar uppgifter om vilket totalt belopp som kan utgå. Enligt kommunen uppgår kontraktsvärdet för 2016-års avtal till 5 000 000 kronor. Konkurrensverkets anser att kontraktsvärdet kan bestämmas till detta belopp. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 500 000 kronor ($5\,000\,000 \cdot 0,1$).
22. 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).
23. 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.⁷
24. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till både försvårande och 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 i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.⁸ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet är därför ofta högt.⁹
25. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför högt. Rättsläget är inte oklart. Södertälje kommun har även vid ett tidigare tillfälle varit föremål för verkets granskning och dömts att betala

⁶ Se HFD 2014 ref. 69.

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

⁸ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och HFD 2014 ref. 69 och Kammarrättens i Göteborg domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

upphandlingsskadeavgift. Att Södertälje kommun tidigare genomfört en otillåten direktupphandling ska ses som en försvårande omständighet vid bestämmandet av överträdelsens sanktionsvärde.¹⁰

26. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 425 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Anna Görgård

¹⁰ Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 8 juli 2016 i mål nr 12268-15.

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun, ingått den 31 januari 2016.

Bilaga 2 – Avtal TI 2012-1025 Förlängning pga. framskjutet startdatum, ingått den 2 oktober 2013.

Bilaga 3 – Förfrågningsunderlag daterat den 8 juni 2012.

Bilaga 4 – Förlängningsavtal avseende Avtal TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun, ingått den 15 mars 2016.

Bilaga 5 – Förlängningsavtal avseende Avtal TI 2012-1025 Verksamhetssystem för Social- och omsorgskontoret i Södertälje kommun, ingått den 11 november 2016.