

Förvaltningsrätten i Uppsala  
Box 1853  
751 48 Uppsala

## **Ansökan om upphandlingskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Knivsta kommun, 741 75 Knivsta

### **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 Knivsta kommun ska betala 210 000 (tvåhundratiotusen) kronor i upphandlingskadeavgift.

## Grunder

1. Knivsta kommun har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 15 februari 2017 ingå avtal om konsulttjänster med WSP Sverige AB (WSP) utan föregående annonsering.<sup>1</sup> Eftersom det saknades förutsättningar för detta utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen har beslutat att ta fram en ny översiktsplan. Under slutet av år 2016 hade arbetet med översiktsplanen pågått under nästan fyra år. Kommunen bedömde att kompetens utifrån behövdes för att kunna färdigställa arbetet under år 2017, vilket var den tidsplan som bestämts genom ett tidigare politiskt beslut.
3. I december 2016 vände sig kommunen till två olika konsultfirmor (WSP var en av dessa) med en muntlig uppdragsbeskrivning. Den andra konsultfirman avböjde, varefter WSP antogs som leverantör genom att kommunen den 12 januari 2017 accepterade WSP:s offert om utförande av tekniska konsulttjänster med ett budgeterat värde om 211 600 kronor, se bilaga 1.
4. Efter hand insåg kommunen att mer omfattande arbeten krävdes för att färdigställa översiktsplanen under 2017. Kommunen gjorde därför en ny beställning genom att den 15 februari 2017 acceptera en offert från WSP om ytterligare konsulttjänster med ett budgeterat värde om 826 500 kronor, se bilaga 2.
5. I den andra offerten uppgavs att arbetet skulle utföras under perioden 17 februari 2017–3 juni 2017. Arbetet med översiktsplanen har emellertid fortsatt även efter detta och pågått fram till den 13 december 2017, vilket var det datum då kommunfullmäktige beslutade att anta översiktsplanen. I och med det var WSP:s arbete avslutat. Sammanlagt har WSP fakturerat kommunen 2 508 050 kronor till WSP för det utförda arbetet, således ett belopp som är mer än dubbelt så högt som det budgeterade värdet av de två uppdragsbekräftelserna.

## Vad kommunen anfört under Konkurrensverkets utredning

6. Inledningsvis bedömdes det att uppdraget skulle understiga direktupphandlingsgränsen. Någon annonserad upphandling genomfördes

---

<sup>1</sup> 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 upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av utredningen framgår att den aktuella upphandlingen påbörjades i december 2016 när kommunen vände sig till externa leverantörer för att tillse sitt behov av konsultkompetens. Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är därför tillämplig.

därför inte i samband med den första beställningen. Därefter, inför ytterligare beställningar, bedömdes de ekonomiska konsekvenserna av att börja om processen med en eventuell ny leverantör vara så pass betydande att det inte ansågs skäligt jämfört med avsteget från LOU. Skälet till att arbetet fortgick efter den 3 juni 2017 var att omfattningen var svår att uppskatta på förhand, då det rörde sig om ett uppdrag under ständig utveckling. Under samrådsskedet inkom också fler synpunkter och yttranden än beräknat, vilket krävde ytterligare resurser från WSP.

7. Arbetet med att ta fram en ny översiktsplan var högprioriterat och även brådskande eftersom den beslutade tidsplanen innebar att samråd måste hållas under våren 2017. Konsultens arbete behövde därför inledas omgående. I och med att det vid den första direktupphandlingen endast fanns ett företag som kunde genomföra uppdraget bedömdes läget vara detsamma inför den andra beställningen. WSP var därtill vid den tidpunkten insatta i ärendet och hade den kompetens som efterfrågades.

#### **Avtalet mellan kommunen och WSP har tillkommit genom en otillåten direktupphandling**

8. Konkurrensverket bedömer att bindande avtal om utförande av konsulttjänster har uppkommit mellan kommunen och WSP i och med att kommunen accepterat WSP:s offerter. Vid ärendets utredning har framgått att kommunen gjort samma bedömning gällande avtalsingåendet.
9. Konkurrensverkets talan gäller det avtal som kommunen ingick med WSP den 15 februari 2017. Avtalet avser tekniska konsulttjänster och utgör därför A-tjänster (bilaga 2, kategori 12). Av utredningen framgår att avtalet inte har föregåtts av någon annonserad upphandling enligt LOU.
10. Enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § respektive 15 kap. 4 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 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.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i 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*,

11. Beräkningen av ett avtals värde i mål om upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § andra stycket LOU ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§, när det är fråga om avtal som överstiger aktuellt tröskelvärde och därmed omfattas av de direktivstyrda reglerna i LOU. Av 3 kap. 3 § LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas.
12. Det följer av 3 kap. 5 § LOU att en planerad anskaffning av tjänster inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena.<sup>3</sup>
13. WSP:s arbete med översiktsplanen har föregåtts av två uppdragsbeställningar som gällt fram till och med den 3 juni 2017. Däremot saknas en skriftlig beställning för det arbete som utförts efter den 3 juni 2017. Eftersom de direktupphandlade tjänsterna utgjort delar av samma tekniska och ekonomiska funktion (uppdrag att bistå kommunen med att ta fram en översiktsplan) och arbetet utförts för en och samma upphandlande myndighet ska allt det arbete som WSP utfört avseende översiktsplanen ses som en och samma helhet vid kontraktvärdesbedömningen i enlighet med bestämmelserna i 3 kap. LOU. De samlade beställningarna (både skriftliga och muntliga) omfattas därmed av uppdelningsförbudet i 3 kap. 5 § LOU.
14. Enligt uppgift från kommunen är företagets arbete nu avslutat. Av utredningen i ärendet framgår att det totala belopp som kommunen betalat WSP för arbetet med översiktsplanen uppgår till 2 508 050 kronor. Den otillåtna direktupphandlingens värde ska därför fastställas till detta belopp.
15. Eftersom upphandlingens värde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle kommunen ha annonserat upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU.<sup>4</sup> Detta gäller under förutsättning att något undantag från annonseringsplikten inte förelegat.
16. Kommunen har under utredningen anfört att undantagen för synnerlig brådska och tekniska skäl varit tillämpliga.

---

punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i 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.

<sup>3</sup> Bestämmelsen har tolkats i praxis, se t.ex. Tribunalens avgörande i mål T-384/10. Av domen framgår bl.a. att olika kontrakt som fyller samma tekniska eller ekonomiska funktion och som utförs för samma upphandlande myndighet ska ses som ett enda kontrakt vad gäller skyldigheten att konkurransutsätta upphandlingen, se punkt 68–69. Av domen framgår vidare att det inte krävs att det visas att den upphandlande myndigheten hade uppsåt att kringgå regelverket, se punkt 94–96. Bestämmelsen i 3 kap. 5 § LOU innehåller således inte något subjektivt rekvisit. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-16/98, punkt 62–66.

<sup>4</sup> Tröskelvärdet uppgick under år 2016 till 1 910 323 kronor.

*Synnerlig brådska*

17. Under vissa förutsättningar kan det vara möjligt att underlåta annonsering vid en upphandling på grund av synnerlig brådska. Det krävs i dessa fall att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (4 kap. 5 § 3 LOU). Av förarbeten och av praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndighetens agerande.<sup>5</sup> Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.<sup>6</sup>
18. Den tidsplan som förelegat, att få översiktsplanen antagen under 2017, är ett beslut som kommunen själv fattat och är således direkt hänförlig till dess egna agerande.<sup>7</sup> Några objektiva skäl till varför det var absolut nödvändigt att anta en ny översiktsplan under 2017 har inte framkommit under Konkurrensverkets utredning. Dessutom hade enligt uppgift från kommunen det interna arbetet med att ta fram en översiktsplan redan pågått under fyra års tid innan WSP anlätades. Under den tiden hade kommunen kunnat genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande. Sammantaget anser Konkurrensverket att undantaget för synnerlig brådska inte varit tillämpligt.

*Tekniska skäl*

19. Enligt 4 kap. 5 § 2 LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det som ska upphandlas av tekniska skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör.
20. Undantaget förutsätter att den upphandlande myndigheten på objektiva grunder kan visa att endast en leverantör kan utföra kontraktet.<sup>8</sup> Två rekvisit måste vara uppfyllda, dels ska det som upphandlas vara av teknisk karaktär, dels ska det vara absolut nödvändigt att tilldela en viss leverantör kontraktet.<sup>9</sup> Att upphandlingsföremålet påstås vara komplicerat räcker inte för att visa att arbetet uteslutande kan anförtros en enda leverantör.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07 del 1 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 198 och 344 f. samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p. 40 med hänvisningar.

<sup>6</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3208-14 den 26 augusti 2015.

<sup>7</sup> Jfr HFD 2017 ref. 66.

<sup>8</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland* p. 34-39.

<sup>9</sup> C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 34.

<sup>10</sup> C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 21.

21. Av EU-domstolens rättspraxis följer att ett undantag från upphandlingsreglerna som görs med hänvisning till tekniska skäl ska vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna, i synnerhet principen om icke-diskriminering. EU-domstolen har konstaterat att "risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens".<sup>11</sup> För att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering är det alltså inte tillräckligt att det kan styrkas att den leverantör som direkttilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan och kapaciteten att leverera det som kontraktet avser, utan det krävs att det styrks att *endast* denna leverantör överhuvudtaget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.
22. Det avgörande för att undantaget ska kunna tillämpas är således om det är möjligt för någon annan leverantör än WSP att *överhuvudtaget* leverera tekniska konsulttjänster för att bistå kommunen i att ta fram en översiktsplan.
23. Kommunen har uppgett att ingen annan leverantör kunde utföra de efterfrågade konsulttjänsterna så att översiktsplanen kunde antas i enlighet med kommunens tidsplan. Denna tidsplan var dock beslutad av kommunen själv, som därigenom på egen hand skapat den snäva tidsramen. Den begränsade tiden för uppdragets utförande medförde att enbart en av de två tillfrågade leverantörerna kunde bistå med tjänsterna. Det är alltså klarlagt att det fanns en annan aktör på marknaden som i och för sig hade förmåga att utföra tjänsten, dock inte inom den snäva tidsram kommunens beslut hade resulterat i. Därutöver är det högst sannolikt att det även finns andra leverantörer på marknaden, utöver de konsultföretag som kommunen valt att tillfråga, som hade kunnat utföra arbetet.
24. Kommunen har också anfört att det var fråga om ekonomiska hänsyn i och med att WSP redan var insatta i arbetet och att det därför kunde vara oproportionerligt dyrt att byta leverantör. Argumentet saknar dock betydelse för frågan om andra leverantörer än WSP överhuvudtaget kunnat leverera konsulttjänsterna i fråga. Det skälet kan alltså inte motivera något undantag från annonseringsplikten med hänvisning till tekniska skäl.
25. Sammantaget anser Konkurrensverket att de omständigheter som kommunen anfört under utredningen inte kan läggas till grund för tillämpningen av undantaget för tekniska skäl.

### Upphandlingsskadeavgift

26. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska

---

<sup>11</sup> EU-domstolens dom i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 62–63.

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.<sup>12</sup>

27. 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.<sup>13</sup>
28. 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.<sup>14</sup> Konkurrensverket har uppskattat kontraktsvärdet till 2 508 050 kronor (se punkt 14 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 250 805 kronor (2 508 050 x 0,1).
29. 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).
30. 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.<sup>15</sup>
31. 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.<sup>16</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste

---

<sup>12</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

<sup>13</sup> A prop. s. 196–197.

<sup>14</sup> Se HFD 2014 ref. 69.

<sup>15</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

<sup>16</sup> A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>17</sup>

32. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Detta talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Kommunen har dessutom fortsatt den påbörjade otillåtna direktupphandlingen genom att låta arbetet pågå även efter den 3 juni 2017 och efter det att Konkurrensverket tillskrivit kommunen och inlett utredningen, trots att det då klart framgått för kommunen att det kan röra sig om en överträdelse av LOU. Detta bör anses utgöra en försvårande omständighet som ska påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.
33. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 210 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelserna.

---

Per Karlsson

Magnus Ehn

### **Bifogas**

Bilaga 1: Uppdragsbekräftelse daterad den 12 januari 2017

Bilaga 2: Uppdragsbekräftelse daterad den 15 februari 2017

---

<sup>17</sup> 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.