

Förvaltningsrätten i Växjö  
Box 42  
351 03 Växjö

## Ansökan om upphandlingsskadeavgift

### Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### Motpart

Sölvesborgs kommun, 294 80 Sölvesborg

### Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

---

### Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Sölvesborgs kommun ska betala 250 000 (tvåhundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Sölvesborgs kommun (kommunen) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 27 december 2017 ingå avtal om konsulttjänster avseende socialt utredningsarbete med Agila Social Care AB (Agila) utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Det har under Konkurrensverkets utredning framkommit att kommunen, sedan i vart fall november 2015, löpande har köpt bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete från bland annat Humana Sociala Tjänster AB (Humana), EDWelope AB (EDWelope), Resursforum Bemanning Sverige AB (Resursforum) och Agila. Konsulttjänsterna har avsett arbete som utförs av utredare och socialsekreterare, exempelvis barn- och ungdomsutredningar. Av utredningen har också framkommit att inget av de avtal som kommunen ingick under 2016 och 2017 har föregåtts av någon annonserad upphandling enligt LOU.
3. Under 2017 ingick kommunen tolv sådana avtal enligt följande:

### Avtal 1

Avtal 1 ingicks med Resursforum den 14 februari 2017, se [bilaga 1](#). Avtalsperioden var den 27 februari 2017–26 maj 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 316 388 kronor exklusive mervärdesskatt.

### Avtal 2

Avtal 2 ingicks med Resursforum den 20 mars 2017, se [bilaga 2](#). Avtalsperioden var den 20 mars 2017–19 maj 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 189 132 kronor exklusive mervärdesskatt.

### Avtal 3

Avtal 3 ingicks med Resursforum den 20 mars 2017, se [bilaga 3](#). Avtalet gällde färdigställandet av en specifik barn- och ungdomsutredning. Kontraktsvärdet uppgår till 153 039 kronor exklusive mervärdesskatt.

### Avtal 4

Avtal 4 ingicks med Humana den 3 april 2017, se [bilaga 4](#). Avtalsperioden var den 1 maj 2017–31 augusti 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 306 040 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 5

Avtal 5 ingicks med Resursforum den 5 april 2017, se bilaga 5.

Avtalsperioden var den 5 april 2017–21 juli 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 470 757 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 6

Avtal 6 ingicks med EDWelope den 13 april 2017, se bilaga 6. Avtalsperioden var den 1 maj 2017–14 juli 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 328 119 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 7

Avtal 7 ingicks med EDWelope den 25 april 2017, se bilaga 7. Avtalsperioden var den 1 maj 2017–31 maj 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 2 780 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 8

Avtal 8 ingicks med Humana den 8 maj 2017, se bilaga 8. Avtalsperioden var den 1 juni 2017–30 september 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 195 313 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 9

Avtal 9 ingicks med Resursforum den 17 maj 2017, se bilaga 9.

Avtalsperioden var den 17 maj 2017–18 augusti 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 276 000 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 10

Avtal 10 ingicks med Resursforum den 5 juni 2017, se bilaga 10.

Avtalsperioden var den 5 juni 2017–31 oktober 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 397 556 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 11

Avtal 11 ingicks med Humana den 13 juni 2017, se bilaga 11. Avtalsperioden var den 1 september 2017–31 december 2017. Kontraktsvärdet uppgår till 466 254 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 12

Avtal 12 ingicks med Agila den 27 december 2017, se bilaga 12.

Avtalsperioden var den 27 december 2017–1 mars 2018. Kontraktsvärdet uppgår till 416 617 kronor exklusive mervärdesskatt.

**Avtalet mellan kommunen och Agila utgör en otillåten direktupphandling**

4. Det är avtalet som kommunen ingick med Agila den 27 december 2017 (avtal 12) som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsavgift (se punkt 3 ovan).

5. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör avtalet ett sådant tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 till LOU, sociala och andra särskilda tjänster (hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster). Köpet omfattas därmed av den icke direktivstyrda delen av lagstiftningen (19 kap. LOU).
6. Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Det följer av 19 kap. 8 § tredje stycket LOU.
7. Något kontraktsvärde framgår inte av avtalen. Humana, EDWelope, Resursforum och Agila har alla löpande fakturerat kommunen för de tjänster som utförts. Vid beräkningen av respektive avtals kontraktsvärde har Konkurrensverket därför utgått från kommunens uppgifter om vad man har betalat till leverantörerna och fakturor som kommunen har gett in under utredningen, se bilaga 13 för kommunens sammanställning över inköp gjorda t.o.m. den 30 september 2017 och bilaga 14 för inköp gjorda fr.o.m. den 1 oktober 2017.
8. Avtalet med Agila (avtal 12) avser perioden den 27 december 2017–1 mars 2018. Avtalet är visserligen undertecknat vid ett senare tillfälle, den 16 januari 2018, men av avtalets innehåll framgår att det började gälla den 27 december 2017. Av fakturaunderlag som Konkurrensverket har tagit del av framgår också att parterna har agerat utifrån avtalet innan det undertecknades, se bilaga 15. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 27 december 2017, varför avtalet utgör en direktupphandling som ägde rum 2017 trots att det undertecknades först senare.
9. Kontraktsvärdet för avtal 12 understiger direktupphandlingsgränsen.<sup>1</sup> Enligt Konkurrensverkets bedömning ska dock värdet av detta avtal läggas samman med värdet av de övriga avtal om bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete som kommunen ingått under räkenskapsåret 2017 (avtal 1–11), eftersom det är fråga om tjänster av samma slag.
10. Av utredningen framgår att konsulttjänsterna har avsett samma slags tjänster i form av arbete som utförs av utredare och socialsekreterare, exempelvis barn- och ungdomsutredningar. Avtalen gäller alltså samma typ av bemanningstjänster och är avsedda att täcka samma behov hos den upphandlande myndigheten. Samtliga aktuella avtal omfattas därmed av reglerna om beräkning av direktupphandlingar av samma slag i 19 kap. 8 §

---

<sup>1</sup> Direktupphandlingsgränsen var 534 890 kronor år 2017.

tredje stycket LOU.<sup>2</sup> Värdet av kommunens upphandling av bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete under räkenskapsåret 2017 uppgår sammanlagt till 3 517 995 kronor exklusive mervärdesskatt.<sup>3</sup>

11. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska 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>4</sup>
12. Kommunens sammanlagda köp av bemanningstjänster för socialt utredningsarbete under räkenskapsåret 2017 överstiger direktupphandlingsgränsen och skulle därmed ha annonserats enligt bestämmelserna i 19 kap. LOU. Detta gäller under förutsättning att kommunen inte haft skäl att underlåta annonsering.

#### **Det finns inte något undantag från annonseringsplikten**

13. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning vitsordat att man har gjort inköpen i strid med annonseringsreglerna i LOU. Man har samtidigt framhållit den nästintill kaotiska situation som man ställdes inför när man från 2014 och framåt blev skyldig att ta emot ett stort antal ensamkommande flyktingbarn. Kommunen har också velat understryka att man genom att tilldela uppdrag till flera olika leverantörer försökte minska den konkurrensbegränsning som ett frångående av upphandlingsreglerna innebär.
14. Utredningen i ärendet visar att kommunen löpande, sedan i vart fall november 2015, har ingått avtal om bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete med olika bemanningsföretag. Av utredningen framgår också att kommunen under 2016 köpte tjänster för cirka fem och en halv miljoner kronor utan något upphandlat avtal för detta. När kommunen ingick avtalet med Agila i december 2017 hade bristen på socionomer således

---

<sup>2</sup> Bestämmelsen har tolkats i praxis, se exempelvis Tribunalens avgörande i mål T-384/10 *Spanien mot kommissionen*. Av domen framgår bland annat 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 konkurrensutsätta upphandlingen, se punkterna 68–69. Av domen framgår vidare att det inte krävs att man kan visa att den upphandlande myndigheten hade uppsåt att kringgå regelverket, se punkterna 94–96. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-16/98 *Kommissionen mot Frankrike*, punkterna 62–66.

<sup>3</sup> Se punkten 3 för respektive avtals kontraktsvärde.

<sup>4</sup> Se bland annat 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 i mål C-26/03 *Stadt Halle*, 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.

varit känd för kommunen under i vart fall två års tid. Kommunens bristande planering har resulterat i att man under flera års tid gjort oannonserade köp som har uppgått till betydande belopp.

15. Enligt Konkurrensverkets mening har de omständigheter som kommunen redogjort för legat inom kommunens egen kontroll eftersom det måste ankomma på en kommun att vara organiserad på så sätt att verksamheten bedrivs inom de ramar som gällande lagstiftning, inklusive LOU, anvisar. Även om det bitvis måste ha varit en ansträngande situation för kommunen så har man haft minst två år på sig att genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande. Det har således inte varit möjligt för kommunen att återopa undantaget för synnerlig brådska (se 19 kap. 7 § tredje stycket LOU jfr med 6 kap. 15 § LOU). Det har inte heller framkommit några andra skäl som skulle göra det möjligt att tilldela det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

#### **Upphandlingsskadeavgift**

16. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 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>5</sup>
17. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.<sup>6</sup>

#### **Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek**

18. 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 5 kap. eller 19 kap 8 § LOU (22 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>7</sup> Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 3 517 995 kronor (se punkterna 7–10 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 351 799 kronor ( $3\,517\,995 \times 0,1$ ).

<sup>5</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>6</sup> A prop. s. 196–197.

<sup>7</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

19. 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).
20. 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>8</sup>
21. Att genomföra otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>9</sup>
22. 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>10</sup>
23. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan vidare inte anses som oklart. Det har inte framkommit att kommunen till följd av överträdelsen har drabbats av några andra negativa ekonomiska konsekvenser. Vad kommunen har anfört om att man har försökt minimera den konkurrensbegränsning som de otillåtna direktupphandlingarna har medfört genom att vända sig till flera olika leverantörer ska inte betraktas som förmildrande i sammanhanget, eftersom en sådan åtgärd inte kan ersätta ett förfarande enligt LOU.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

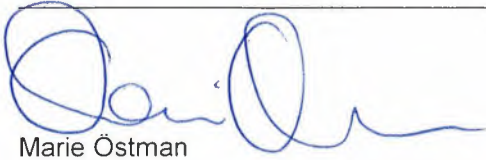
<sup>9</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

<sup>10</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

<sup>11</sup> I sammanhanget kan framhållas att den typen av "egna konkurrensutsättningar" inte har inverkat sänkande på upphandlingsskadeavgiftens storlek i ett stort antal avgöranden i förvaltningsrätten. Se exempelvis Förvaltningsrätten i Växjö:s domar i mål nr 3386-13, 3388-13 och 286-12, Förvaltningsrätten i Malmö:s dom i mål nr 11534-13, Förvaltningsrätten i Karlstads dom i mål nr 292-13, Förvaltningsrätten i Stockholms domar i mål nr 4303-13 samt 10872-15 och Förvaltningsrätten i Luleå:s dom i mål nr 2166-11.

24. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 250 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

---



Marie Östman



Natacha Otte Widgren



**Bifogas**

Bilaga 1 – Avtal mellan kommunen och Resursforum från den 14 februari 2017.

Bilaga 2 – Avtal mellan kommunen och Resursforum från den 20 mars 2017.

Bilaga 3 – Avtal mellan kommunen och Resursforum från den 20 mars 2017.

Bilaga 4 – Avtal mellan kommunen och Humana från den 3 april 2017.

Bilaga 5 – Avtal mellan kommunen och Resursforum från den 5 april 2017.

Bilaga 6 – Avtal mellan kommunen och EDWelope från den 13 april 2017.

Bilaga 7 – Avtal mellan kommunen och EDWelope från den 25 april 2017.

Bilaga 8 – Avtal mellan kommunen och Humana från den 8 maj 2017.

Bilaga 9 – Avtal mellan kommunen och Resursforum från den 17 maj 2017.

Bilaga 10 – Avtal mellan kommunen och Resursforum från den 5 juni 2017.

Bilaga 11 – Avtal mellan kommunen och Humana från den 13 juni 2017.

Bilaga 12 – Avtal mellan kommunen och Agila från den 27 december 2017.

Bilaga 13 – Kommunens sammanställning av köp gjorda under perioden den 1 januari 2016–30 september 2017.

Bilaga 14 – Kommunens sammanställning av köp gjorda fr.o.m. den 1 oktober 2017.

Bilaga 15 – Faktura från Agila avseende tjänster tillhandahållna vecka 1–5 2018.