

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Ragunda kommun, Box 150, 844 21 Hammarstrand

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 Ragunda kommun ska betala 130 000 (etthundatrettiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Ragunda kommun (kommunen) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 5 oktober 2017 ingå avtal med Frilans Finans Sverige AB (Frilans Finans) avseende tillhandahållande av en konsult för socialt utredningsarbete. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Kommunen har löpande, sedan i vart fall juli 2015, köpt bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete från bland annat Frilans Finans och Dedicare AB (Dedicare).
3. Under 2017 ingick kommunen sju bemanningsavtal om socialt utredningsarbete med dessa bolag enligt följande:

Avtal 1

Avtal 1 ingicks med Dedicare den 31 januari 2017. Avtalsperioden var den 1 mars 2017–31 mars 2017, se bilaga 1.

Avtal 2

Avtal 2 ingicks med Dedicare den 31 januari 2017. Avtalsperioden var den 13 februari 2017–31 augusti 2017, se bilaga 2.

Avtal 3

Avtal 3 ingicks med Frilans Finans den 26 april 2017. Avtalsperioden var den 1 juli 2017–1 oktober 2017, se bilaga 3.

Avtal 4

Avtal 4 ingicks med Frilans Finans den 21 juni 2017. Avtalsperioden var den 1 maj 2017–30 juni 2017, se bilaga 4.

Avtal 5

Avtal 5 ingicks med Dedicare den 26 juni 2017. Avtalsperioden var den 1 september 2017–29 december 2017, se bilaga 5.

Avtal 6

Avtal 6 ingicks med Frilans Finans i början av september 2017.¹ Avtalsperioden var den 5 september 2017–31 december 2017, se bilaga 6.

Avtal 7

Avtal 7 ingicks med Frilans Finans den 5 oktober 2017. Avtalsperioden var den 1 november 2017–31 december 2017, se bilaga 7.

¹ Kommunen har inte kunnat ange en närmare tidpunkt än så.

Avtalet mellan kommunen och Frilans Finans utgör en otillåten direktupphandling

4. Det är avtalet som kommunen ingick med Frilans Finans den 5 oktober 2017 (avtal 7) som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift (se punkt 3 ovan).
5. Det i målet aktuella avtalet avser köp av bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör avtalet köp av ett sådant tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 till LOU, sociala och andra särskilda tjänster (hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster).² Köpet omfattas därmed av den icke direktivstyrda delen av lagstiftningen dvs. 19 kap. LOU. Av utredningen i ärendet framgår att avtalet inte har föregåtts av någon annonserad upphandling enligt 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. Kontraktsvärdet för avtal 7 med Frilans Finans, som utgör grunden för Konkurrensverkets ansökan, understiger direktupphandlingsgränsen.³ Enligt Konkurrensverkets bedömning ska dock värdet av detta avtal läggas samman med värdet av samtliga avtal om hirsocionomer som kommunen ingått med Frilans Finans och Dedicare under räkenskapsåret 2017. Detta mot bakgrund av att de bemanningstjänster som omfattas av avtal 1–7 är tjänster av samma slag.
8. Såvitt framgår av utredningen har konsulterna arbetat med samma slags uppgifter såsom familjerättsliga utredningar avseende vårdnad, boende, umgänge och adoption. Avtalen gäller alltså samma typ av bemanningstjänster och är avsedda att täcka samma behov hos den upphandlande myndigheten. De samlade beställningarna omfattas därmed av reglerna om beräkning av direktupphandlingar av samma slag i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU.⁴

² Tidigare definierades dessa tjänster som B-tjänster och fanns angivna i bilaga 3 till ÄLOU, kategori 25, hälsovård- och socialtjänster.

³ Direktupphandlingsgränsen var 534 890 kronor år 2017.

⁴ 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 konkurransutsätta upphandlingen, se p. 68–69. Av domen framgår vidare att det inte krävs att man kan visa att den upphandlande myndigheten hade uppsåt att kringgå regelverket, se p. 94–96. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-16/98 *Kommissionen mot Frankrike*, p. 62–66.

9. Något kontraktsvärde framgår inte av avtalen. Frilans Finans och Dedicare har löpande fakturerat kommunen för de tjänster som utförts. Vid beräkningen av kontraktsvärdet har Konkurrensverket därför utgått från fakturor som kommunen har gett in under utredningen. Enligt Konkurrensverkets beräkningar uppgår kontraktsbeloppet för de sju avtalen till följande:

Avtal 1

Kontraktsbeloppet uppgår till 153 142 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 2

Kontraktsbeloppet uppgår till 557 436 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 3

Kontraktsbeloppet uppgår till 345 150 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 4

Kontraktsbeloppet uppgår till 109 005 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 5

Kontraktsbeloppet uppgår till 383 849 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 6

Kontraktsbeloppet uppgår till 102 657 kronor exklusive mervärdesskatt.

Avtal 7

Kontraktsbeloppet uppgår till 210 780 kronor exklusive mervärdesskatt.

10. Det sammanlagda värdet av kommunens upphandling av bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete under räkenskapsåret 2017 uppgår således sammanlagt till 1 862 019 kronor exklusive mervärdesskatt (sammanlagt kontraktsbelopp för avtal 1–7), se bilaga 8.
11. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att konkurrera om att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärdet som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. För att ett avtal 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.⁵

⁵ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien*, p.14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p.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. Att EU-domstolens praxis får betydelse även vid tolkningen av de icke-

12. Kommunens sammanlagda köp av socialt utredningsarbete under räkenskapsåret 2017 överstiger direktupphandlingsgränsen och skulle därmed annonserats enligt bestämmelserna i 19 kap. LOU. Detta gäller under förutsättning att kommunen inte haft skäl för att underlåta annonsering.

Det finns inte något undantag från annonseringsplikten

13. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att situationen varit sådan att undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU har varit tillämpligt. Kommunen har bland annat anfört att man tog emot ett stort antal nyanlända, många med ett omfattande behov, vilket medförde stora påfrestningar på den kommunala organisationen. Kommunen försökte rekrytera personal, vilket är förenat med svårigheter i glesbygd, och den upphandling man hade för avsikt att genomföra blev försenad på grund av personalbrist.
14. Vid synnerlig brådska kan en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar genomföra en upphandling utan att annonsera enligt LOU. För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det är fråga om omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och som därför gör det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet utan föregående annonsering (jfr 6 kap. 15 § LOU).
15. För att det ska anses vara absolut nödvändigt att tilldela kontrakt ska det vara fråga om upphandlingar av varor och tjänster som har stor samhälls-ekonomisk betydelse eller som är av viktig medicinsk art.⁶ Den uppkomna brådskan får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens eget agerande.⁷ Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.⁸ En uppkommen brådska att tilldela avtal får exempelvis inte grunda sig i bristande planering från myndighetens sida. En upphandlande myndighet måste därför ha kontroll över sin verksamhet och sina inköpsbehov för att kunna bedöma när upphandlingar behöver genomföras.
16. Utredningen i ärendet visar att kommunen löpande, sedan i vart fall juli 2015, ingått avtal om bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete med

direktivstyrda bestämmelserna i LOU följer av EU-domstolens uttalanden i mål C-28/95, *Leur-Bloem*, p. 32, samt HFD 2013 ref. 31.

⁶ Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7469–7472-11.

⁷ Se EU-domstolens uttalanden i mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 26, och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 40, med hänvisningar samt prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 198 och 344 f.

⁸ Se exempelvis Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 3208-14 och 3209-14.

olika bemanningsföretag. När avtalen ingicks fanns det inte något upphandlat avtal för socionomer. Av utredningen framgår också att kommunen under 2016 köpte hyrsocionomer för närmare fem miljoner kronor.

17. Enligt Konkurrensverket synes den eventuella brådska som har uppstått för kommunen i detta fall närmast bero på att kommunen inte har planerat för ett annonserat förfarande trots att det fanns ett återkommande behov av socionomer och trots att behovet inte kunde täckas genom rekryteringar. Kommunens bristande planering har resulterat i att kommunen under flera års tid har gjort oannonserade köp som har uppgått till betydande belopp. Den upphandling av bemanningstjänster, inklusive socionomer, som kommunen slutligen genomförde annonserades först den 2 november 2017, medan bristen på socionomer uppkom redan i juli 2015.
18. 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. 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 därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

19. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det följer av 21 kap. 1 § 3 LOU. Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten har 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 godtagbar ursäkt för en överträdelse.⁹
20. 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.¹⁰

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

21. 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. Det följer av 21 kap. 7 § LOU.

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁰ A prop. s. 196–197.

22. Avtal 7 ingicks den 5 oktober 2017. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den dagen och en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska lämnas till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

23. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹¹
24. Konkurrensverket har beräknat upphandlingens värde till 1 862 019 kronor (se punkterna 9 och 10 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 186 202 kronor (1 862 019 x 0,1).
25. 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. Det följer av 21 kap. 5 § LOU.
26. 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. Av betydelse är bland annat den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹²
27. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³
28. 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 exempelvis 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 av att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa

¹¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹³ 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.

ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁴

29. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget i detta fall kan inte anses oklart. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 130 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Tove Kockum



Natacha Otte Widgren

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Dedicare, ingicks den 31 januari 2017.

Bilaga 2 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Dedicare, ingicks den 31 januari 2017.

Bilaga 3 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Frilans Finans, ingicks den 26 april 2017.

Bilaga 4 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Frilans Finans, ingicks den 21 juni 2017.

Bilaga 5 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Dedicare, ingicks den 26 juni 2017.

Bilaga 6 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Frilans Finans, ingicks i början av september 2017.

Bilaga 7 – Avtal om bemanningstjänster mellan Ragunda kommun och Frilans Finans, ingicks den 5 oktober 2017.

Bilaga 8 – Konkurrensverkets sammanställning av kommunens samtliga köp under 2017 enligt avtal 1–7.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.