

ANSÖKAN

2016-08-26 Dnr 494/2016 1 (5)

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Västernorrlands läns landsting, 871 85 Härnösand

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 Västernorrlands läns landsting ska betala 700 000 (sjuhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

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

Grunder

1. Västernorrlands läns landsting har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 31 augusti 2015 ingå avtal om köp av bemanningstjänster avseende länsverksamhetschef för kardiologi med MedSwedArt AB utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna saknades för ett sådant agerande. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick ett tips om att Västernorrlands läns landsting (landstinget) hade ingått ett avtal med MedSwedArt AB (bolaget) utan att tillämpa LOU. Konkurrensverket initierade därför en utredning och landstinget ombads att närmare redogöra för omständigheterna kring avtalet med bolaget. Under Konkurrensverkets utredning har landstinget bland annat uppgett följande.
3. Till följd av en omorganisation inom landstinget uppstod behov att tillsätta den nyinrättade tjänsten som chef för landstingets kardiologiverksamhet. Landstinget inledde därför ett ordinarie anställningsförfarande i januari 2015, vilket bland annat innefattade publicering av en platsannons. Vid ansökningstidens utgång hade fem personer sökt tjänsten. Av dessa bedömdes tre uppfylla de formella kompetenskraven, varav en var docent [REDACTED]. En av de tre kandidaterna valde att återkalla sin ansökan. Av de två kvarvarande sökande ansåg landstinget att [REDACTED] var mest kvalificerad. När landstinget erbjöd tjänsten till [REDACTED] villkorade han anställningen av att landstinget istället skulle anlita hans bolag (MedSwedArt AB) i vilket han själv även är anställd. På så vis skulle tjänsten bemannas av [REDACTED] genom att landstinget köpte utförandet av tjänsten av hans bolag. Landstinget hörsammade önskemålet och den 31 augusti 2015 ingick landstinget avtal med bolaget avseende bemanning av tjänsten som chef för landstingets kardiologiverksamhet, bilaga.
4. Av avtalet framgår att arbetet ska utföras av [REDACTED]. Bolaget har fullständigt personalansvar för sin personal och svarar för alla kostnader och förpliktelser som hänger samman med ansvaret. Ersättning utgår med 48 000 kronor per vecka exklusive mervärdesskatt. Motsvarande ersättning utgår under en semesterperiod på 32 dagar. Avtalstiden anges vara den 1 september 2015 – 31 augusti 2019.
5. Landstingens ingående av avtalet med bolaget har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande eller avrop från ramavtal.

Avtalet mellan landstinget och bolaget utgör en otillåten direktupphandling

6. Anställningsavtal omfattas inte av LOU.¹ Landstinget ingick emellertid aldrig något anställningsavtal avseende den aktuella tjänsten, trots sin ursprungliga avsikt. Avtalet mellan landstinget och bolaget utgör istället ett tjänstekontrakt enligt 2 kap. 18 § LOU. Enligt Konkurrensverkets bedömning avser avtalet köp av en så kallad B-tjänst enligt bilaga 3 till LOU (kategori 25 Hälsovård och socialtjänster). Därmed omfattas avtalet av 15 kap. LOU.²
7. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap. 3 a § LOU beräknas till det totala värde som ska betalas med anledning av kontraktet. Enligt avtalet ska ersättning utgå med 48 000 kronor per vecka. Kontraktsvärdet ska därför beräknas till (48 000 kronor x 52 x 4) 9 984 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
8. Enligt huvudregeln ska upphandlingar som överstiger viss procent av det aktuella tröskelvärdet³ (den så kallade direktupphandlingsgränsen) annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. För att en upphandlande myndighet utan föregående annonsering ska få ingå ett avtal vars värde överstiger direktupphandlingsgränsen krävs att något av de undantag som anges i 4 kap. 5-9 §§ LOU eller, eftersom det är fråga om en B-tjänst, 15 kap. 3 § LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁴
9. En upphandlande myndighet får exempelvis genomföra en direktupphandling om det finns tekniska skäl.⁵ För att det ska vara fråga om tekniska skäl krävs att arbetena endast kan utföras av en särskild leverantör. En upphandlande myndighet får också genomföra en direktupphandling om det finns synnerlig brådskande som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Det ska då även vara absolut nödvändigt att ingå det aktuella kontraktet. 15 kap. 3 § LOU ger även möjlighet till en direktupphandling om det finns synnerliga skäl. I förarbetena nämns som exempel på detta hälso- och sjukvårdstjänster när relationen mellan vårdgivare och vårdtagare skulle störas och vården därför försämras.⁶

¹ 1 kap. 6 § 5 LOU.

² 1 kap. 2 § andra stycket 1 LOU.

³ Vid tidpunkten för avtalets ingående uppgick tröskelvärdet för tjänster till 1 806 427 kronor.

⁴ Se bland annat EU-domstolens uttalande i mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2006/07:128 s. 291 och Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁵ 4 kap. 5 § 2 LOU.

⁶ Prop. 2001/02:142, s. 99

10. Av landstingets beskrivning framgår att tre personer uppfyllde den kravspecifikation som landstinget hade ställt upp för den aktuella tjänsten som verksamhetschef. Redan av den anledningen står det klart att det inte endast var bolaget som kunde tillhandahålla den aktuella tjänsten.
11. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har det inte funnits skäl som motiverar avsaknaden av annonsering. Avtalet borde därför rätteligen ha annonserats enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Eftersom någon sådan annonsering inte har skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

12. 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 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.⁷

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

13. Upphandlingsskadeavgiften 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.⁸ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 9 984 000 kronor (se punkt 7 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 998 400 kronor ($9\,984\,000 \times 0,1$).
14. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att myndigheten, och även andra myndigheter, följer upphandlingsreglerna och att skatte-medlen används på ett korrekt sätt. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁹ I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU).

⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

15. 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.¹⁰ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹¹
16. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Några förmildrande omständigheter föreligger inte. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 700 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Per Karlsson

Kristoffer Sällfors

Bilaga: Avtal mellan Västernorrlands läns landsting och MedSwedArt AB av den 31 augusti 2015.

¹⁰ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹¹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 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.

