

Förvaltningsrätten i Härnösand
Box 314
871 27 Härnösand

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Härjedalens kommun, Medborgarhuset, 842 80 Sveg

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 Härjedalens kommun ska betala 260 000 (tvåhundrasextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Härjedalens kommun (kommunen) har, genom Socialförvaltningen, den 20 december 2018 ingått avtal om bemanningstjänster till socialtjänsten med AB LENA B OLSSON utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick under våren 2019 in ett tips om att kommunen upphandlat bemanningstjänster till socialtjänsten utan att avropa från befintliga ramavtal eller annonsera enligt upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket inledde därför en granskning och ombad kommunen att redogöra för omständigheterna kring köpen. Under utredningen framkom bl.a. följande.

Kommunens upphandlingar under 2016–2018

3. Under sommaren 2016 genomförde Upphandlingskontoret i Östersund en upphandling av ramavtal för bemanningstjänster, bl.a. avseende socialsekreterare och biståndshandläggare (socioonomer). Upphandlingen resulterade i ett ramavtal med fem leverantörer. Ramavtalet var giltigt under perioden den 1 november 2016–den 31 oktober 2018.
4. Kommunen köpte under ramavtalets löptid bemanningstjänster till socialtjänsten genom avrop från ramavtalet, men även i stor omfattning genom direktupphandlingar vid sidan av ramavtalet. Som skäl för att direktupphandla har kommunen angett att ramavtalet fungerade dåligt då det visade sig vara väldigt svårt för ramavtalsleverantörerna att få fram konsulter.
5. Efter upphandling av Upphandlingskontoret i Östersund ersattes ramavtalet från 2016 med ett nytt ramavtal som gäller för perioden den 1 november 2018–den 31 oktober 2020.¹ Ramavtalet avser samma bemanningstjänster och personalkategorier som det tidigare ramavtalet.
6. Kommunen började under hösten 2018 fasa ut tidigare direktupphandlande socioonomkonsulter. Även efter att det nya ramavtalet kom på plats har kommunen dock enligt uppgift dels fortsatt att direktupphandla bemanningstjänster, dels förlängt befintliga direktupphandlade avtal. Enligt kommunen har detta berott på att man inte nått ut med information till organisationen om det nya ramavtalet.

¹ Med möjlighet för kommunen att förlänga avtalet med som längst 12 plus 12 månader.

Upphandlingar av bemanningstjänster till socialtjänsten under 2018

7. Av utredningen framgår att kommunen under 2018 ingick tio direktupphandlade avtal angående bemanningstjänster till socialtjänsten. Detta skedde parallellt med att man avropade från befintliga ramavtal.
8. De direktupphandlade avtalen saknar uppgifter om det högsta belopp som kan utgå enligt avtalen och debitering enligt avtalen har skett löpande. Vid beräkningen av kontraktsvärdet för dessa direktupphandlingar har Konkurrensverket därför utgått från de belopp, exklusive mervärdesskatt, som enligt kommunen har betalats ut under 2018 och 2019, se bilaga 1.²
9. Följande avtal har direktupphandlats under 2018.
 - i. Den 9 januari 2018 ingick kommunen avtal med IL Hansson Konsult AB, se bilaga 2. Avtalsperioden var den 9 januari 2018–den 28 februari 2018. Utbetalat belopp uppgår till 124 568 kronor.
 - ii. Den 10 april 2018 ingick kommunen avtal med Alpha Sow Consulting AB, se bilaga 3. Avtalsperioden var den 1 juli 2018–den 30 september 2018. Utbetalat belopp uppgår till 594 863 kronor.
 - iii. Den 12 april 2018 ingick kommunen avtal med SGB Socionomkonsult AB, se bilaga 4. Avtalsperioden var den 13 augusti 2018–den 28 februari 2018. Utbetalat belopp uppgår till 639 529 kronor.
 - iv. Den 4 maj 2018 ingick kommunen avtal med AB LENA B OLSSON AB, se bilaga 5. Avtalsperioden var den 1 juli 2018–den 31 december 2018. Utbetalat belopp uppgår till 398 254 kronor.
 - v. Den 17 maj 2018 ingick kommunen avtal med Cura Nord bemanning & rekrytering AB, se bilaga 6. Avtalsperioden var den 21 maj 2018–den 30 juli 2018. Utbetalat belopp uppgår till 164 706 kronor.
 - vi. Den 12 juli 2018 ingick kommunen avtal med Dedicare AB, se bilaga 7. Avtalsperioden var den 16 juli 2018–den 30 september 2019.³ Utbetalat belopp uppgår till 326 465 kronor.
 - vii. Den 23 juli 2018 ingick kommunen avtal med Ulf Sandberg konsult HB. Kommunen har inte kunnat uppvisa något skriftligt kontrakt men en faktura har utställts den 5 augusti 2018, se bilaga 8. Avtalsperioden

² Konkurrensverket noterar att kommunens sammanställning avser fakturor som kommit in under 2018 och 2019. Vissa fakturor är hänförliga till avtal som upphandlades och undertecknades under hösten 2017, även om de löpte under första hälften av 2018. Dessa avtal har därför inte beaktats.

³ I avsnitt 14.1 *Avtalstid* anges att startdatumet för avtalet är den 16 juli 2016. Kommunen har i en skrivelse till Konkurrensverket den 12 augusti 2019 förtydligat att året 2016 måste vara en felskrivelse, då avtalet är undertecknat den 12 juli 2018.

var enligt fakturan den 23 juli 2018–den 14 augusti 2018 och avtal får således anses ha ingåtts senast den 23 juli 2018. Utbetalat belopp uppgår till 45 000 kronor.

- viii. Den 24 juli 2018 ingick kommunen avtal med Alpha Sow Consulting AB, se bilaga 9. Avtalsperioden var den 24 juli 2018–den 31 december 2018. Utbetalat belopp uppgår till 504 800 kronor.
- ix. Den 30 oktober 2018 ingick kommunen avtal med SGB Socionomkonsult AB, se bilaga 10. Avtalsperioden var den 1 januari 2019–den 31 mars 2019. Utbetalat belopp uppgår till 490 573 kronor.
- x. Den 20 december 2018 ingick kommunen avtal med AB LENA B OLSSON, se bilaga 11. Avtalsperioden var den 2 januari 2019–den 31 mars 2019. Utbetalat belopp uppgår till 193 661 kronor.

10. Totalt har kommunen under 2018 direktupphandlat bemanningstjänster till socialtjänsten till ett värde av 3 482 419 kronor.

Avtalet från den 20 december är en otillåten direktupphandling

- 11. Det är avtalet från den 20 december 2018 mellan kommunen och AB LENA B OLSSON som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.
- 12. Det aktuella avtalet avser anlåtande av utredare inom individ- och familjeomsorgen vid Socialförvaltningen i kommunen. Enligt Konkurrensverkets bedömning är avtalet ett tjänstekontrakt avseende en sådan tjänst som omfattas av CPV-kod 8530000-9 *Socialvård och tillhörande tjänster*. Eftersom tjänsten omfattas av bilaga 2 till LOU i sin lydelse vid tidpunkten för upphandlingens påbörjande är 19 kap. LOU tillämpligt på upphandlingen.⁴
- 13. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § respektive 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen (586 907 kronor) 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.

⁴ CPV-kod 8530000-9 *Socialvård och tillhörande tjänster* har flyttats från bilaga 2 till bilaga 2 a genom lagen (2018:1159) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2019. Som framgår av övergångsbestämmelserna gäller dock äldre bestämmelser för sådana upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁵

14. Avtalet från den 20 december 2018 har inte tilldelats efter avrop från kommunens ramavtal och har inte heller föregåtts av någon annan annonsering enligt LOU.

Avtalets värde överstiger gränsen för direktupphandling

15. Av 19 kap. 8 § LOU framgår att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. 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.
16. Den ersättning som utgått till AB LENA B OLSSON enligt avtalet från den 20 december 2018 uppgår till 193 661 kronor exklusive mervärdesskatt. Ersättningen överstiger således inte i sig direktupphandlingsgränsen. Värdet av detta avtal ska dock läggas samman med värdet av samtliga direktupphandlade avtal om bemanningstjänster avseende socialt utredningsarbete som kommunen ingått med bemanningsföretag under räkenskapsåret 2018.
17. Samtliga avtal i punkten 9 ovan (jfr bilaga 2–11) avser bemanningstjänster gällande arbete som utförs av utredare och socialsekreterare. Avtalen gäller samma typ av bemanningstjänster och är avsedda att täcka samma behov hos den upphandlande myndigheten. Avtalen omfattas därmed av reglerna om beräkning av direktupphandlingar av samma slag (jfr 19 kap. 8 § LOU).
18. Av utredningen framgår att kommunen under 2018 direktupphandlat bemanningstjänster till socialtjänsten till ett värde av 3 482 419 kronor (jfr punkt 10 ovan). Konkurrensverket bedömer därför att värdet av avtalet som tecknades den 20 december 2018 ska beräknas till 3 482 419 kronor exklusive mervärdesskatt. Eftersom upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen skulle kommunen ha annonserat upphandlingen enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU.

⁵ 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*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 del 1 s. 99 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Det fanns inte skäl att underlåta annonsering

19. Kommunen har inte gjort gällande att avtalet omfattas av något särskilt undantag från annonseringsskyldigheten. Enligt Konkurrensverket ger utredningen inte stöd för att något undantag från huvudregeln om annonsering skulle vara tillämpligt i detta fall.
20. Avtalet mellan kommunen och AB LENA B OLSSON från den 20 december 2018 har därför tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

21. 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.⁶
22. 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.⁷

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

23. 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 (21 kap. 6 § LOU).
24. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av båda parterna den 20 december 2018. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 20 december 2018 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

25. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁸ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 3 482 419 kronor (se punkt 18 ovan).

⁶ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

⁷ Se a. prop. s. 196–197.

⁸ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 348 242 kronor (3 482 419 x 0,1).

26. Vid fastställandet 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 (21 kap. 5 § LOU).
27. 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.⁹
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 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
29. I detta fall är det frågan om en otillåten direktupphandling. Rättsläget är inte oklart. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets bedömning varken förmildrande eller försvårande.

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

¹⁰ Se a. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹¹ 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.

30. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 260 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-

Marie Östman

Natacha Otte Widgren

Bifogas

- Bilaga 1 Härjedalens kommuns sammanställning av fakturor för 2018–2019
- Bilaga 2 Avtal med IL Hansson Konsult AB, undertecknat den 9 januari 2018
- Bilaga 3 Avtal med Alpha Sow Consulting AB, undertecknat den 10 april 2018
- Bilaga 4 Avtal med SGB Socionomkonsult AB, undertecknat den 12 april 2018
- Bilaga 5 Avtal med AB LENA B OLSSON AB, undertecknat den 4 maj 2018
- Bilaga 6 Avtal med Cura Nord bemanning & rekrytering AB, undertecknat den 17 maj 2018
- Bilaga 7 Avtal med Dedicare AB, undertecknat den 12 juli 2018
- Bilaga 8 Faktura från Ulf Sandberg konsult HB, utställd den 5 augusti 2018
- Bilaga 9 Avtal med Alpha Sow Consulting AB, undertecknat den 24 juli 2018
- Bilaga 10 Avtal med SGB Socionomkonsult AB, undertecknat den 30 oktober 2018
- Bilaga 11 Avtal med AB LENA B OLSSON, undertecknat den 20 december 2018