

Förvaltningsrätten i Uppsala
Box 1853
751 48 Uppsala

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Håbo kommun, Centrumleden 1, 746 80 Bålsta

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 Håbo kommun ska betala 110 000 (etthundratiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Håbo kommun har den 23 mars 2020 ingått avtal med Deloitte AB avseende granskning av det kommunala bolaget Håbo Marknadsaktiebolag utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Någon gång under slutet av 2019 eller början av 2020 mottog Håbo kommun uppgifter om ekonomiska oegentligheter i det kommunala bolaget Håbo Marknadsaktiebolag (HMAB).
3. Den 10 februari 2020 fattade Håbos kommunstyrelse beslut om att anmoda kommunfullmäktiges presidium att vidtala revisorerna om behovet av en granskning av HMAB, se [bilaga 1](#).
4. Den 23 mars 2020 ingick kommunen ett avtal med Deloitte AB (Deloitte) (Avtalet), [bilaga 2](#). Avtalet ingicks utan föregående annonsering. Av Avtalet framgår att Håbo kommun fått antydningar om potentiella oegentligheter och att kommunen mot bakgrund av politiskt yrkande och krav på granskning kontaktat Deloitte för genomförandet av en oberoende granskning av HMAB.¹ Uppdragets syfte anges vara att bedöma om det förekommit ekonomiska oegentligheter i HMAB. Avtalet, som reglerar villkoren för uppdraget, anger en icke-uttömmande lista över granskningsaktiviteter, såsom granskning av relevanta styrdokument, delegationsordning, styrelseprotokoll, riktlinjer, redovisning m.m. Uppdraget omfattar också relevanta avtal inklusive anställningsavtal och avtal för avgångsvederlag som undertecknats i samband med att anställning av före detta VD avslutats. Vidare anges i Avtalet att granskningen kan komma att utökas om exempelvis allvarliga brister identifieras. Uppdraget omfattar endast de tjänster som anges i Avtalet eller på annat sätt skriftligen överenskommes mellan parterna. Tidsplan och tidpunkter för genomförande av uppdraget ska fastställas i samråd med HMAB.² Uppdraget ska enligt Avtalet utföras under tidsperioden mars till maj 2020 med möjlighet till förlängning efter denna period.
5. Den 26 maj 2020 undertecknades ett tilläggsavtal enligt vilket kommunen och Deloitte kom överens om att utöka uppdraget i syfte att bedöma om det finns grund för att rikta en skadeståndstalan mot den före detta styrelsen i HMAB (Tilläggsavtalet), se [bilaga 3](#). Tilläggsavtalet omfattar bedömningen av styrelsens agerande vid uppsägning och efterföljande återanställning av före detta VD, samt ingående av avtal om avgångsvederlag. Den fördjupade

¹ Se rubriken Uppdragets bakgrund, omfattning och syfte i bilaga 2.

² Se rubriken Tidsplan och avrapportering i bilaga 2.

granskningen ska enligt Tilläggsavtalet utföras i enlighet med tidigare avtalade villkor.

6. Resultatet av uppdraget redovisades i en rapport daterad den 4 juni 2020.
7. Håbo kommun har under Konkurrensverkets utredning gjort gällande att det med hänsyn till risken för undanröjande av bevis förelegat synnerlig brådska att ingå Avtalet. Kommunen har även gjort gällande att granskningens omfattning och behovet av spetskompetens innebar att det endast funnits fyra leverantörer som kunnat utföra det aktuella uppdraget. Tre av dessa bedömde kommunen som jäviga. Kommunen har hänvisat till att två av leverantörerna bedömdes jäviga på grund av tidigare revisionsuppdrag för kommunens och HMAB:s räkning. Mot denna bakgrund har kommunen anfört att synnerliga skäl föreligger för direktupphandling.
8. Konkurrensverket har skickat en sammanfattande skrivelse till kommunen med verkets bedömning om att Avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Kommunen har inkommit med svar på denna skrivelse. I svaret anges att kommunen vidhåller att det förekommit omständigheter som har motiverat en direktupphandling, men att kommunen saknar dokumentation som kan belägga detta. Kommunen accepterar därför att en upphandlingsskadeavgift ska utgå, men menar att en del av den fakturerade kostnaden – hänförlig till icke upphandlingspliktiga advokattjänster – inte ska beaktas i Avtalets värde. Kommunen anger även att under perioden den 10 februari 2020 fram till den 23 mars 2020 då Avtalet slöts, mottog dåvarande kommundirektör information som motiverade en särskild granskning.
9. Det är Avtalet som ligger till grund för denna ansökan.

Avtalets karaktär och värde

10. Avtalet utgör ett tjänstekontrakt enligt 1 kap. 21 § LOU.
11. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
12. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

13. Uppdraget skulle utföras under tidsperioden mars till maj 2020. Möjlighet fanns till förlängning. Enligt Avtalet kunde uppdraget komma att utökas vid upptäckt av allvarliga brister, vilket har skett genom tecknande av Tilläggsavtalet. Uppdraget har avslutats och utmynnat i en rapport. Avtalen avser samma uppdrag, granskningsaktiviteter och syfte samt reglerar tillsammans villkoren för utförandet av uppdraget. De ska således anses vara del av samma upphandling³ och därmed räknas samman vid beräkning av Avtalets värde.
14. Kommunen har fakturerats och betalat totalt 1 442 400 kronor (exkl. mervärdesskatt) för uppdraget, se bilaga 4. Kommunen gör dock gällande att en del av den fakturerade kostnaden om 362 500 kronor (exkl. mervärdesskatt) är hänförlig till en icke upphandlingspliktig advokattjänst som därmed inte ska räknas med i kontraktsvärdet (jfr 3 kap. 22 § andra stycket LOU).
15. Konkurrensverket noterar att kostnaden avseende de legala frågeställningarna enligt bilaga 4 uppgår till 362 600 kronor (exkl. mervärdesskatt); inte 362 500 kronor. I det följande ska således bedömas om 362 600 kronor ska ingå i beräkningen av Avtalets värde eller inte.
16. Enligt 3 kap. 22 § andra stycket LOU undantas från lagens tillämpningsområde sådan juridisk rådgivning som ges av en advokat inför (i) bland annat ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande eller ett rättsligt förfarande inför domstol eller myndighet; eller (ii) när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande i punkt (i) ovan.
17. Detta undantag är inte tillämpligt i detta fall. Uppdraget omfattar endast de tjänster som det skriftligen avtalats om. Av Avtalet följer att uppdraget inte omfattar några juridiska bedömningar, vilket således inte kommer att presenteras för kommunen.⁴ Avtalet har ingåtts mot bakgrund av "antydningar" om "potentiella ekonomiska oegentligheter" och syftat till att bedöma om sådana överhuvudtaget föreligger. Det saknas därför en tydlig koppling mellan den rådgivning som ges och ett förestående rättsligt förfarande.⁵ Uppdraget har dessutom avtalats med en revisionsbyrå och utförts av revisionskonsulter av olika rang.⁶ En advokat från en advokatbyrå

³ Jfr mål C-574/10 *Kommissionen mot Tyskland*, där EU-domstolen gjorde en analogisk tolkning på begreppet "ett enda arbete", vilket i sin tur bedömts i mål C-16/98 *Kommissionen mot Frankrike* avseende förutsättningar för att vid tröskelvärdesberäkningen lägga samman värdet av olika bygg-och anläggningskontrakt som anses vara del av ett enda arbete. Tolkningen i *Kommissionen mot Tyskland* (som gjordes i syfte att beräkna värdet av flera avtal om arkitekttjänster) innebär att tjänster som har en enhetlig karaktär och uppfyller en ekonomisk och teknisk funktion ska läggas samman.

⁴ Se rubriken Leverabler i bilaga 2 till denna ansökan.

⁵ Jfr prop. 2015/16:195 s. 970.

⁶ A. prop. s. 410. Se även rubriken Uppdragsorganisation i bilaga 2 samt jfr bilaga 4 till denna ansökan.

har bedömt legala frågeställningar. Avtalet har dock inte tecknats med denna advokat.⁷ Det står således klart att det vid Avtalets ingående inte gällde en advokats rådgivning avseende sak där det finns en *påtaglig indikation för* och är *mycket sannolikt* att det blir föremål för ett sådant förfarande. Hela den fakturerade kostnaden ska därför beaktas vid beräkningen av Avtalets värde.

18. Avtalets värde uppgår således till 1 442 400 kronor, vilket understiger aktuellt tröskelvärde, men överstiger direktupphandlingsgränsen.⁸ Avtalet borde ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU.

Avtalet mellan Håbo kommun och Deloitte utgör en otillåten direktupphandling

19. Avtalet har ingåtts utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU.
20. För att Avtalet ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU varit tillämpligt. Undantagen ska tolkas restriktivt.⁹

Synnerlig brådska

21. En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.¹⁰ Undantaget ska endast användas under mycket exceptionella omständigheter.¹¹
22. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen uppgett att uppgifterna om ekonomiska oegentligheter inkom i slutet av 2019 eller i början av 2020. Enligt Avtalet är politiska yrkanden om krav på granskning av HMAB uppkomsten till Avtalet. Tidsplan och tidpunkter för genomförande av uppdraget skulle fastställas i samråd med bolaget. Vid kommunstyrelsens sammanträde den 10 februari 2020 framfördes och bifölls yrkande om granskning av bolaget i fråga.¹² Några av HMAB:s styrelseledamöter och

⁷ A. prop. s. 969 f.

⁸ Under 2020 uppgick tröskelvärdet för andra än statliga myndigheter till 2 197 545 kronor. Direktupphandlingsgränsen uppgick till 615 312 kronor.

⁹ 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. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

¹⁰ 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU.

¹¹ Jfr skäl 50 i direktiv 2014/24/EU.

¹² Jfr bilaga 1.

suppleanter, som enligt Avtalet kunde bli föremål för granskningen¹³, har deltagit vid sammanträdet. Det ska även noteras att kommunstyrelsens sammanträdesprotokoll anslås och offentliggörs digitalt på kommunens anslagstavla.

23. Av detta följer att kommunen under en längre tid innan Avtalet ingicks, har haft kännedom om uppgifterna om potentiella ekonomiska oegentligheter. Det är således inte fråga om några för kommunen oförutsebara omständigheter, det vill säga omständigheter av force majeure-liknande karaktär.¹⁴ Det kan även ifrågasättas om *potentiella* ekonomiska oegentligheter överhuvudtaget kan utgöra sådan omständighet.
24. Kommunen har vidare förfogat över tidpunkten för ingående av Avtalet. Kommunen har – räknat från slutet av 2019 eller början 2020 – dröjt ca tre månader med att ingå Avtalet. Synnerlig brådska föreligger inte om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande.¹⁵ Då tid fanns för ett sådant förfarande mellan den av kommunen angivna tidpunkten för de inkomna uppgifterna, eller i vart fall från kommunstyrelsens sammanträde den 10 februari 2020, föreligger heller inte någon synnerlig brådska av den anledningen. Det kan för övrigt nämnas att det av utredningen följer att dåvarande kommundirektör, som kommunen hänvisar till i sitt svar¹⁶, var tillförordnad VD i HMAB från den 30 augusti 2019 till den 7 november 2019, se bilaga 5 och 6.¹⁷ Det kan därför antas att uppgifter om potentiella ekonomiska oegentligheter kommit till kommunens kännedom redan tidigare.
25. Den synnerliga brådskan att ingå Avtalet har enligt kommunen berott på risken för undanröjande av bevis. Som konstaterats ovan har dock kommunen dröjt flera månader med att teckna Avtalet. Mot bakgrund av detta, och med hänsyn till att HMAB, dess styrelsemedlemmar och anställda har kunnat tillgodogöra sig information om en kommande granskning på flera sätt, saknas även ett orsakssamband mellan uppgifterna om potentiella ekonomiska oegentligheter och brådskan att ingå Avtalet i syfte att eliminera eller minimera risken för undanröjande av bevis.¹⁸

¹³ Se s. 2 i Avtalet avseende granskningsaktiviteten *Intervju med relevanta personer*, som bl.a. avsåg styrelsemedlemmar.

¹⁴ Enligt Kammarrätten i Sundsvall menas med en omständighet som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, att den omständigheten närmast har karaktären av force majeure, se mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14 (de båda domarna överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 5578-15 och 5579-15), men något prövningstillstånd meddelades inte). Jfr även HFD 2017 ref 66.

¹⁵ Jfr mål C-126/03 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 22–23. Jfr även C-107/92 *Kommissionen mot Italien*.

¹⁶ Se punkt 8 ovan.

¹⁷ Notera i bilaga 5 till denna ansökan att dåvarande kommundirektör deltog vid styrelsemötet där beslut fattades om avtal avseende avgångsvederlaget till före detta VD.

¹⁸ Jfr punkt 25 ovan. Jfr även mål C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland*, av vilket det framgår att ett orsakssamband krävs mellan den synnerliga brådskan och de oförutsebara omständigheterna, punkt 14.

26. Det aktuella uppdraget avser en granskning av HMAB:s ekonomi och styrning. Konkurrensverket ifrågasätter inte att kommunen, mot bakgrund av de inkomna uppgifterna, ansåg det finnas ett behov av att granska HMAB. Den generella genomsynen av bolagets ekonomi och styrning utgör dock inte en sådan absolut nödvändig anskaffning som krävs enligt 6 kap. 15 § LOU.¹⁹

Synnerliga skäl

27. Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU får en direktupphandling genomföras om det föreligger synnerliga skäl. Enligt förarbetena är detta undantag främst avsett för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten själv inte kunnat råda över.²⁰
28. Kommunen är ensam ägare av HMAB och utser HMAB:s styrelse. Kommunen har genom sitt ägande ett sådant inflytande över och en sådan insyn i HMAB, att behovet av en granskning av det ifrågavarande slaget inte kan anses vara en sådan oförutsedd händelse som avses i förarbetena. Som konstaterades ovan har dessutom kommunen haft kännedom om uppgifterna under en längre tid innan Avtalet ingicks, en tidpunkt som kommunen för övrigt haft rådighet över.²¹
29. Vad gäller kommunens argument om granskningens omfattning, behovet av spetskompetens och leverantörers jäv kan sägas följande.
30. Kommunen har endast angett att två av de fyra leverantörer som ansågs ha den spetskompetens som krävdes för uppdraget, var jäviga på grund av tidigare uppdrag. Vad gäller den tredje leverantören har kommunen inte anfört något särskilt annat än att man bedömt att det funnits kopplingar till HMAB. Den typ av tjänster som omfattas av Avtalet och Tilläggsavtalet avser bedömningar av hur ekonomin och styrningen i ett aktiebolag sköts. Ett stort antal företag på marknaden kan antas tillhandahålla de ifrågavarande tjänsterna. Det är därmed mycket sannolikt att det finns andra leverantörer som självständigt eller i samverkan skulle kunna ha utfört det aktuella uppdraget.²² Av EU-rättspraxis följer dessutom att upphandlande myndigheter inte får förbjuda användning av underleverantörer.²³ Till detta kommer att LOU inte tillåter upphandlande myndigheter att – utifrån egna bedömningar om vilka eller vilken leverantör som kan tillhandahålla en viss

¹⁹ Jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7469-7472-11, i vilken kammarrätten konstaterar att en anskaffning ska vara av stor samhällsekonomisk betydelse eller viktig medicinsk art för att den ska anses vara absolut nödvändig.

²⁰ Prop. 2009/10:180 s. 344 och 385 f; prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99.

²¹ Vad gäller brädska att ingå Avtalet med anledning av risken för röjande av bevis inom ramen för synnerliga skäl, hänvisas till bedömningen i punkterna 21–25 i denna ansökan.

²² Jfr bestämmelsen i 19 kap. 23 § LOU avseende återopande av andra företags kapacitet. Detta innebär att även om en leverantör inte självständigt har kapacitet att utföra ett visst uppdrag måste en upphandlande myndighet beakta att denne i samverkan med andra leverantörer kan ha sådan kapacitet, jfr prop. 2009/10:180 s. 296 f och prop. 2015/16:195 s. 764 f.

²³ Jfr C-314/01 *Siemens*, punkt 42–43 och C-176/98 *Holst Italia*, punkt 26–27.

tjänst – utforma en upphandling på ett sätt som antingen undantar den från lagens tillämpningsområde eller medför en konstlad avgränsning av marknaden.²⁴

31. Undantaget om synnerliga skäl kan således inte tillämpas på denna grund.

Slutsats

32. Mot bakgrund av ovanstående, utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

33. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁵ Det krävs inte 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 ursäkt för en överträdelse.²⁶
34. 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.²⁷

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

35. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.²⁸ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²⁹
36. Kontraktsvärdet uppgår till 1 442 400 kronor. Tio procent av detta belopp är 144 240 kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 144 240 kronor.
37. 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.³⁰
38. 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

²⁴ Jfr art. 18.1 andra stycket i direktiv 2014/24/EU och 4 kap. 2 § LOU.

²⁵ 21 kap. 1 § 3 LOU.

²⁶ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

²⁷ A. prop. s. 196–197.

²⁸ 21 kap. 4 § LOU.

²⁹ HFD 2014 ref. 69.

³⁰ 21 kap. 5 § LOU.

myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.³¹

39. 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.³² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.³³
40. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken försvårande eller förmildrande.
41. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 110 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Anna Görgård

³¹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

³² A. prop. s. 197–198 och 369–370.

³³ A. prop. 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.

Bifogas

Bilaga 1 – Utdrag, kommunstyrelsens sammanträdesprotokoll, 10 februari 2020

Bilaga 2 – Avtalet

Bilaga 3 – Tilläggsavtalet

Bilaga 4 – Fakturor för uppdraget

Bilaga 5 – Styrelseprotokoll HMAB, den 30 augusti 2019

Bilaga 6 – Styrelseprotokoll HMAB, den 7 november 2019