

Förvaltningsrätten i Malmö
Box 4522
203 20Malmö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Malmö kommun, 205 80 Malmö

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 Malmö kommun ska betala 75 000 (sjuttiofemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Kommunstyrelsen i Malmö kommun, som är en upphandlande myndighet inom Malmö kommun, har den 21 december 2017 ingått avtal om rekryteringstjänster med Lisberg kommanditbolag Lisberg Sverige AB¹ utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades skäl att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Konkurrensverket fick ett tips om att kommunstyrelsen i Malmö kommun, genom sin förvaltning (stadskontoret), direktupphandlat tjänster i samband med rekrytering av så kallade exekutiva chefer till ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen. Kommunstyrelsens agerande uppmärksammades även i media. Konkurrensverket inledde därför en granskning och bad kommunen att redogöra för omständigheterna kring köpen. Under granskningen framkom bl.a. följande.
3. Under 2016 upphandlade kommunen ett ramavtal avseende köp av konsulttjänster i samband med rekrytering av personal. Konsulttjänsterna avser framtagande av potentiella kandidater till specifika tjänster hos kommunen samt urval bland dessa kandidater inför kommunens beslut om anställning (rekryteringstjänster). Ramavtalet trädde i kraft den 1 oktober 2016 och omfattar endast rekryteringstjänster i samband med anställning av chefer, specialister och så kallad svårrekryterad kompetens. Ramavtalet omfattar inte rekryteringstjänster i samband med anställning av så kallade exekutiva chefer.
4. Vid behov har kommunstyrelsen, genom stadskontoret, direktupphandlat rekryteringstjänster avseende anställning av exekutiva chefer genom ingående av separata avtal. Avtalen har föregåtts av att stadskontoret efterfrågat offerter från utvalda leverantörer. Leverantörerna har därefter lämnat in offerter på aktuellt uppdrag, varpå stadskontoret har accepterat offerten från den leverantör som stadskontoret önskat anlita. Av respektive offert framgår vilken typ av anställning hos kommunen som offererade tjänster avser och hur leverantörens arbete med rekryteringen ska gå till. Offerterna anger ett fast pris för aktuella rekryteringstjänster med möjlighet för kommunstyrelsen att välja vissa tilläggstjänster. Kostnader för utlägg, såsom resekostnader för kandidater, tillkommer i regel. Någon avtalstid framgår inte.

¹ Bolagets firma framgår av registreringsbevis och är bekräftad vid kontakter med Bolagsverket.

5. Under 2017 har kommunstyrelsen i Malmö kommun, genom stadskontoret, upphandlat rekryteringstjänster avseende anställningar av exekutiva chefer enligt följande:
 - i. Avtal med Mercuri Urval AB den 24 april 2017 avseende rekryteringen av en förvaltningschef till kommunens fastighets- och gatukontor (Avtal 1).
 - ii. Avtal med Source Executive Recruitment AB den 15 juni 2017 avseende rekryteringen av en kulturdirektör (Avtal 2).
 - iii. Avtal med Compass Rekrytering & Utveckling AB den 14 november 2017 avseende rekryteringen av en stadsdirektör (Avtal 3).
 - iv. Avtal med Lisberg den 21 december 2017 avseende rekryteringen av en stadsrevisor (Avtal 4).
6. Avtal 1–4 har ingåtts utan föregående annonsering. Det är Avtal 4 som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.
7. Av offerterna samt av de fakturaunderlag som kommunen har tillställt Konkurrensverket framgår att kommunen har fakturerats och betalat följande belopp (exkl. mervärdesskatt) avseende respektive avtal:
 - i. 246 146 kronor enligt Avtal 1.²
 - ii. 173 767 kronor enligt Avtal 2.³
 - iii. 185 587 kronor enligt Avtal 3.⁴
 - iv. 270 000 kronor enligt Avtal 4.⁵
8. Sammanlagt uppgår värdet av kommunstyrelsens köp av rekryteringstjänster i samband med anställningar av exekutiva chefer under 2017 till (246 146 + 173 767 + 185 587 + 270 000) 875 500 kronor.

² Avrundat belopp varav 240 000 kronor utgör fast pris och 6 146,35 kronor avser utlägg för kandidatkostnader.

³ Varav 160 000 kronor utgör fast pris och 13 767 kronor avser kostnader för resor.

⁴ Varav 184 000 kronor utgör fast pris och 1 587 kronor avser lokalhyra i samband med intervju och kostnad för telefonkonferens.

⁵ Varav 220 000 kronor utgör fast pris och 50 000 kronor avser ytterligare kostnad för utvärderingar av kandidater.

9. Malmö kommun har gjort en intern revision av kommunstyrelsens köp av rekryteringstjänster. Detta har utmynnat i en rapport som Konkurrensverket har tagit del av. Av rapporten framgår bl.a. att kommunstyrelsens köp av rekryteringstjänster avseende exekutiva chefer har överskridit tillämplig direktupphandlingsgräns under sju av de senaste nio åren. Den stora inköpsvolymen har föranletts av hög personalomsättning och därmed ett ökat behov av ersättningsrekryteringar.
10. Sedan Konkurrensverket inledde sin utredning av kommunstyrelsens köp av rekryteringstjänster avseende exekutiva chefer har kommunen påbörjat ett annonserat upphandlingsförfarande av ramavtal för sådana tjänster.

Avtalets karaktär och värde

11. Enligt huvudregeln i 10 kap. 1 § resp. 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer därigenom få möjlighet att lämna anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det aktuella tröskelvärdet (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 tillämpligt.⁶ Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.⁷
12. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas. Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats. Vidare ska värdet av samtliga direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten har gjort under räkenskapsåret läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.
13. För att varor eller tjänster som anskaffas genom olika direktupphandlingar ska anses vara av samma slag krävs inte att de är identiska. Det måste dock föreligga påtagliga likheter mellan det som upphandlas för att upphandlingarna ska omfattas av bestämmelserna. När det särskilt gäller upphandling av tjänster bör det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de ska anses vara av samma slag.⁸

⁶ Tröskelvärdet uppgick 2017 till 1 910 323 kronor och direktupphandlingsgränsen till 534 890 kronor.

⁷ 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 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.

⁸ HFD 2017 ref. 74.

14. Avtal 4 utgör ett tjänstekontrakt enligt 2 kap. 21 § LOU. Avtalet uppgår till ett värde om 270 000 kronor. När det beräknade värdet av en upphandling understiger det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § LOU ska den genomföras med tillämpning av 19 kap. LOU.⁹
15. Av punkt 7 ovan framgår att varje *enskilt* avtal som har ingåtts under 2017 understiger direktupphandlingsgränsen. Denna gräns överskrids dock om värdena på respektive avtal ska läggas samman. De direktupphandlingar som kommunstyrelsen har gjort genom stadskontorets ingående av Avtal 1, 2, 3 respektive 4 är enligt Konkurrensverkets bedömning av samma slag. Samtliga avtal gäller köp av rekryteringstjänster avseende anställning av exekutiva chefer. Uppdraget innebär att söka och göra ett urval av kandidater för kommunens räkning till en viss identifierad tjänst. I allt väsentligt utförs uppdraget på samma sätt av de olika leverantörerna. Uppdragens huvudmoment består bland annat av en analys av arbetsplatsen i fråga, intervjuer med nyckelpersoner, framtagande av en kravprofil för kandidaten, identifiering av potentiella kandidater genom s.k. *search*¹⁰, hantering av ansökningar och intervjuer, urval av kandidater som presenteras för uppdragsgivaren samt djupintervjuer och tester.¹¹ I HFD 2017 ref. 74 konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att det är tjänsternas karaktär som är avgörande och inte vem som utför dem. Att avtalen ingåtts med fyra olika leverantörer påverkar alltså inte Konkurrensverkets bedömning att det är fråga om tjänster av samma slag. Vid beräkningen av värdet av Avtal 4 ska därför även värdet av övriga tre avtal beaktas.¹²
16. Enligt Konkurrensverket ska värdet av Avtal 4 beräknas till 875 500 kronor (se punkt 8 ovan). Avtalet omfattas av bestämmelserna i 19 kap. LOU, eftersom dess värde överstiger direktupphandlingsgränsen, men understiger tillämpligt tröskelvärde.¹³

⁹ Se 1 kap. 4 § andra stycket LOU. Under 2017 uppgick tröskelvärdet för varor och tjänster till 1 910 323 kronor.

¹⁰ Begreppet *search* definieras av Malmö kommun som att leta upp och kontakta presumtiva kandidater för tjänsten. I sina respektive offerter beskriver leverantörerna, med olika ord, begreppet som ett systematiskt sätt att identifiera potentiella kandidater.

¹¹ Det ska noteras att Högsta förvaltningsdomstolen inte ställer krav på absolut identitet mellan tjänsterna, men att "påtagliga likheter" måste föreligga för att anses vara av samma slag, se HFD 2017 ref. 74.

¹² Jfr prop. 2009/10:180 s. 293 samt Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3:e upplagan, 2014, s. 466 ff. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16 där det framgår att även tidigare överträdelser under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av avgiften.

¹³ Se fotnot 6.

Avtal 4 utgör en otillåten direktupphandling

17. Eftersom upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger det tillämpliga tröskelvärdet skulle kommunen ha annonserat upphandlingen enligt 19 kap. 9 § LOU. Detta gäller under förutsättning att något undantag från annonseringsplikten inte förelegat.
18. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen inte gjort gällande att det aktuella avtalet omfattas av något undantag från annonseringsskyldigheten. Enligt Konkurrensverket föreligger heller inte några omständigheter som medför tillämpning av sådant undantag. Avtalet utgör därmed 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.¹⁴ 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.¹⁵
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.¹⁶

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

21. 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.¹⁷
22. Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 875 500 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst 87 550 kronor ($875\,500 \times 0,1$).
23. 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.¹⁸ 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

¹⁴ Se 21 kap. 1 § 3 LOU.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

¹⁶ A. prop. s. 196–197.

¹⁷ Se HFD 2014 ref. 69.

¹⁸ Se 21 kap. 5 § LOU.

andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁹

24. 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 vidta 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.²⁰ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²¹
25. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Malmö kommun är sedan tidigare föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende ett annat avtal som kommunstyrelsen, genom dess stadskontor, har slutit utan föregående annonsering.²² Enligt Konkurrensverket är utgången i det målet relevant för bedömningen av avgiftens storlek i detta mål. Om kommunstyrelsen anses ha uppvisat ett upprepat beteende i fråga om att vidta otillåtna direktupphandlingar, vilket Konkurrensverket anser, ska detta påverka sanktionsvärdet i höjande riktning.
26. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet, innefattande upprepat beteende att vidta otillåtna direktupphandlingar, anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 75 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Kristoffer Sällfors

¹⁹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

²⁰ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

²¹ 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.

²² Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 7414-18.