

Förvaltningsrätten i Växjö
Box 42
351 03 Växjö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Karlskrona kommun, 371 83 Karlskrona

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 Karlskrona kommun ska betala åttiotusen (80 000) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Karlskrona kommun har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 22 december 2020 sluta avtal om drift av serveringskök med CooPartner i Karlskrona ekonomisk förening (769614-3457), utan föregående annonsering, se bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att sluta avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Upplysning och hemställan

2. Konkurrensverket vill uppmärksamma domstolen på att Konkurrensverket samtidigt, genom en separat ansökan, ansöker om upphandlingsskadeavgift avseende avtalet den 22 december 2020 i en ansökan riktad mot funktionsstödsnämnden i kommunen. Konkurrensverket hemställer om att målet avseende den ansökan som riktas mot funktionsstödsnämnden i Karlskrona kommun förklaras vilande tills frågan om Karlskrona kommun utgör upphandlande myndighet har avgjorts inom ramen för nu aktuell ansökan.¹ För det fall domstolen, i ett lagakraftvunnet avgörande, slår fast att kommunen utgör upphandlande myndighet för Avtalet har Konkurrensverket för avsikt att återkalla den ansökan som riktas mot nämnden.

Bakgrund och omständigheter

3. Karlskrona kommun (kommunen) har sedan 2017 varit i behov av att anskaffa tjänster avseende drift av serveringskök vid ett på boende på Ringövägen.
4. I december 2016 fattade funktionsstödsnämnden i kommunen beslut om att inte längre bedriva köksverksamheten som en sysselsättning enligt socialtjänstlagen (2001:453) (SoL), och att i stället genomföra en upphandling av aktuella tjänster, se bilaga 2.²
5. Kommunen har härefter ingått flera avtal om drift av serveringskök vid boendet på Ringövägen med CooPartner i Karlskrona ekonomisk förening (CooPartner).
6. Inget av avtalen har föregåtts av en annonserad upphandling enligt LOU.
7. Det första avtalet slöts den 28 september 2017 och avsåg perioden från och med den 1 oktober 2017 till den 30 september 2018, utan möjlighet till

¹ Jfr RÅ 2005 ref. 33.

² Se bilaga 2 s. 13.

förlängning. Bakgrunden till anskaffningen var att kommunen ville "bedriva en testverksamhet för att skapa ett bra underlag till upphandlingen", se bilaga 3.

8. Den 18 januari 2019, se bilaga 4, den 28 januari 2020, se bilaga 5, den 20 augusti 2020, se bilaga 6, respektive den 22 december 2020, se bilaga 1, har kommunen och CooPartner slutit *nya* avtal som avsett utförande av aktuella tjänster under senare tidsperioder. Avtalen har benämnts "Förlängning" respektive "Avtalsförlängning". I sammanhanget noteras att de två första avtalen uttryckligen reglerar att avtalen inte kan förlängas, och att inget av de andra avtalen stadgar en möjlighet till förlängning.
9. Avtalen med CooPartner innebär sammantaget att kommunen har anskaffat aktuella tjänster från och med den 1 oktober 2017 till och med den 28 februari 2021, mot en ersättning om totalt 3 152 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Ersättningen fördelar sig på respektive avtal enligt följande:
 - a Avtalet av den 28 september 2017: 852 000 kronor³
 - b Avtalet av den 18 januari 2019: 1 260 000 kronor⁴
 - c Avtalet av den 28 januari 2020: 540 000 kronor⁵
 - d Avtalet av den 20 augusti 2020: 300 000 kronor⁶
 - e Avtalet av den 22 december 2020: 200 000 kronor⁷
10. Det är upphandlingen av avtalet 22 december 2020 (Avtalet) som omfattas av Konkurrensverkets ansökan.
11. Under 2020 annonserade kommunen en upphandling av aktuella tjänster för perioden den 1 mars 2021 till den 28 februari 2026. Sista dag för anbud var den 11 januari 2021, se bilaga 7. Kommunen har uppgett att denna upphandling har färdigställts i början av 2021.

³ Avtalstiden är från och med den 1 oktober 2017 till och med den 30 september 2018 och månadsersättningen är 71 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 3.

⁴ Avtalstiden är från och med den 1 oktober 2018 till och med den 31 mars 2020 och månadsersättningen är 70 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 4.

⁵ Avtalstiden är från och med den 1 april 2020 till och med den 30 september 2020 och månadsersättningen är 90 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 5.

⁶ Avtalstiden är från och med den 1 oktober 2020 till och med den 31 december 2020 och månadsersättningen är 100 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 6.

⁷ Avtalstiden är från och med den 1 januari 2021 till och med den 28 februari 2021 och månadsersättningen är 100 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 1.

Kommunen är upphandlande myndighet för upphandlingen av Avtalet

12. Avtalet har undertecknats av företrädare för funktionsstödsförvaltningen i Karlskrona kommun, som inordnas under funktionsstödsnämnden. Kommunen har, under Konkurrensverkets utredning, gjort gällande att funktionsstödsnämnden är upphandlande myndighet för upphandlingen av Avtalet. Mot denna bakgrund noteras följande.
13. Av 1 kap. 22 § LOU framgår att med upphandlande myndighet avses en statlig eller en kommunal myndighet. Såvitt framgår av praxis kan såväl en kommun som sådan, som en kommunal nämnd, anses utgöra en sådan kommunal myndighet som kan vara en upphandlande myndighet i den mening som avses i LOU.⁸ Huruvida kommunen som sådan eller en viss nämnd utgör upphandlande myndighet i viss upphandling beror således på omständigheterna i det enskilda fallet.
14. Av HFD 2018 ref. 67 följer att en kommunal nämnd kan vara en egen upphandlande myndighet, under förutsättning att nämnden genomför upphandlingar självständigt och agerar självständigt i förhållande till kommunen. Vid bedömningen av om den kommunala nämnden agerat självständigt vid genomförandet av upphandlingen i fråga, beaktade Högsta förvaltningsdomstolen bland annat att det av kommunens regler för ekonomisk förvaltning framgick att kommunen betraktade varje nämnd som en egen upphandlande myndighet med ansvar för att dess upphandlingar sker i enlighet med gällande regelverk och att den aktuella nämnden hade egen förvaltning och budget. Mot denna bakgrund bedömde domstolen att det i det aktuella målet saknades anledning att ifrågasätta att nämnden självständigt genomfört den aktuella upphandlingen och att nämnden således skulle anses vara en upphandlande myndighet.
15. Högsta förvaltningsdomstolen gjorde i sammanhanget en jämförelse med bestämmelserna om separata operativa enheter i artikel 5.2 Direktiv 2014/24/EU, som genomförts i 5 kap. 4 § LOU. Reglerna om separata operativa enheter rör tröskelvärdesberäkningen och har ingen omedelbar relevans för vad som utgör en upphandlande myndighet som sådan. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening skulle dock en nationell reglering som tillåter att även osjälvständiga delar av en regional eller lokal myndighet betraktas som egna upphandlande myndigheter kunna komma i konflikt med syftena bakom dessa regler och därmed med syftena bakom tröskelvärdesbestämmelserna i stort.⁹ Enligt 5 kap. 4 § LOU får en upphandlande myndighet som består av flera separata operativa enheter uppskatta värdet av en upphandling särskilt för en enskild enhet om den självständigt ansvarar för sin upphandling eller vissa kategorier av

⁸ Jfr bland annat HFD 2018 ref. 67 och HovR för Övre Norrlands dom i mål nr T 417-20.

⁹ HFD 2018 ref. 67.

upphandlingar. En separat operativ enhet kan antas självständigt ansvara för sin upphandling när den självständigt genomför upphandlingar och beslutar om inköp, förfogar över en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna, ingår kontraktet självständigt och finansierar det ur en budget som den förfogar över.¹⁰

16. Det finns emellertid, enligt Konkurrensverkets bedömning, inget stöd för att kommuner ska anses ha en *skyldighet* att betrakta sina nämnder som egna upphandlande myndigheter. Även om en kommun har valt en organisation som ger nämnderna en sådan självständighet vid sina inköp att de skulle kunna uppfattas som egna upphandlande myndigheter vid de upphandlingar som genomförs inom respektive nämnds ansvarsområde är kommunen till synes inte skyldig att betrakta nämnderna som egna upphandlande myndigheter. Vare sig domen i HFD 2018 ref. 67, eller andra rättskällor, ger stöd för att kommunen ska anses ha en sådan skyldighet.
17. Då kommunen har organiserat sig på ett sådant sätt att nämnderna agerar självständigt i sina upphandlingar i den mening som avses i HFD 2018 ref. 67 kan kommuner således till synes välja om kommunen som sådan, eller kommunens nämnder, normalt ska anses utgöra upphandlande myndighet.
18. Konkurrensverket anser att detta medför att kommuner har ett särskilt ansvar att tydligt kommunicera vilken del av kommunen som utgör upphandlande myndighet i kommunens upphandlingar för att uppfylla de krav som följer av principerna om transparens och effektivitet.
19. Enligt Konkurrensverkets bedömning innebär transparens- och effektivitetshänsyn att det, utöver ett självständigt agerande i viss upphandling i den mening som avses i HFD 2018 ref. 67, dessutom krävs att en kommun *uttryckligen anger* att en viss eller alla nämnder normalt ska betraktas som egna upphandlande myndigheter vid sina upphandlingar, för att en viss nämnd ska kunna anses utgöra upphandlande myndighet i den mening som avses i LOU.
20. Principen om öppenhet, även kallad principen om transparens, förutsätter en skyldighet att lämna insyn som garanterar varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.¹¹

¹⁰ Se skäl 20 till Direktiv 2014/24/EU.

¹¹ Se 4 kap. 1 § LOU. Se även bland annat EU-domstolens dom i mål C-324/98, *Telaustria*, p. 60–62 och särskilt yttrande till HFD 2018 ref. 60. Jfr även art. 1.1 rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och

21. Vad gäller effektivitetsprincipen noteras att det enligt fast rättspraxis, i avsaknad av unionsbestämmelser på området, ankommer på varje medlemsstat att fastställa de regler för det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten. Dessa regler får emellertid inte medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten.¹²
22. I det så kallade rättsmedelsdirektivet framhålls särskilt att EU:s medlemsstater är skyldiga att vidta åtgärder för att garantera att snabba och effektiva rättsmedel står till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.¹³
23. Att bedömningen av vilken aktör inom en kommun som ska anses utgöra upphandlande myndighet i en viss upphandling delvis beror på fritt val, medför att en bristande öppenhet i frågan om en kommun normalt betraktar sina nämnder som egna upphandlande myndigheter gör det svårt för utomstående att kontrollera vilken aktör som är upphandlande myndighet i en viss upphandling. Frågan om vilken aktör som är upphandlande myndighet i en upphandling påverkar i sin tur tillsynsmyndighetens respektive leverantörers möjlighet att bedöma vilket organ som är rätt motpart i mål om upphandlingsskadeavgift respektive mål om överprövning enligt LOU. En ordning där kommuner inte behöver vara öppna i frågan om kommunen normalt betraktar sina nämnder som egna upphandlande myndigheter, kan således komma att inverka negativt på möjligheten att effektivt utnyttja de rättsmedel som finns på upphandlingsområdet.
24. I sammanhanget noteras också att i HFD 2018 ref. 67 beaktade Högsta förvaltningsdomstolen att det i det fallet framgick av kommunens regler för ekonomisk förvaltning att kommunen betraktar varje nämnd i kommunen som egna upphandlande myndigheter med ansvar för att dess upphandlingar sker i enlighet med gällande regelverk.
25. Vad gäller omständigheterna i förevarande mål noteras följande.
26. Såvitt framgår av Konkurrensverkets utredning har funktionsstödsnämnden i Karlskrona kommun agerat på ett sådant

anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet) och skälen till första rättsmedelsdirektivet av vilken bland annat framgår att "Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler."

¹² Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-538/13, *eVigilo*, p. 39.

¹³ Jfr art. 1.1 första rättsmedelsdirektivet, samt skälen till detta direktiv.

självständigt sätt i den aktuella upphandlingen, att bristande självständighet inte i sig utgör hinder mot att nämnden betraktas som upphandlande myndighet för upphandlingen av Avtalet. Karlskrona kommuns förvaltningar ansvarar, enligt kommunens riktlinjer för upphandling, för att genomföra förvaltningsspecifika upphandlingar, se bilaga 8. De för Avtalet aktuella tjänsterna har vidare till synes varit avsedda för, och använts i, verksamhet som funktionsstödsnämnden ansvarar för. Funktionsstödsnämnden har också självständigt fattat beslut om upphandlingen, se bilaga 2.¹⁴ Kommunen har vidare uppgett att funktionsstödsförvaltningen självständigt genomfört inköpen av aktuella tjänster och att Avtalet har undertecknats av personer som är anställda inom funktionsstödsförvaltningen. Enligt uppgifter från kommunen har inköpen också finansierats ur funktionsstödsnämndens budget. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter.

27. Kommunens nämnder har emellertid inte uttryckligen utpekats som egna upphandlande myndigheter i kommunens reglementen, riktlinjer eller policys. I bland annat kommunens riktlinjer och policy för inköp och upphandling framgår inte annat än att kommunen som sådan utgör upphandlande myndighet, se bilaga 8–9.¹⁵
28. Kommunen har således inte öppet redovisat att kommunen normalt betraktar sina nämnder som egna upphandlande myndigheter när de agerar tillräckligt självständigt vid genomförandet av en upphandling.
29. Det noteras också att i annonsen avseende den upphandling av aktuella tjänster som genomfördes under 2020 anges kommunen som sådan som upphandlande myndighet, se bilaga 7.
30. Konkurrensverket gör bedömningen att det vid dessa förhållanden inte skulle vara förenligt med LOU, det direktiv som lagen genomför, och i synnerhet principerna om transparens och effektivitet, att betrakta funktionsstödsnämnden i kommunen som upphandlande myndighet vid upphandlingen av Avtalet.
31. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att kommunen som sådan ska anses utgöra upphandlande myndighet vid upphandlingen av Avtalet.

¹⁴ Bilaga 2 s. 13.

¹⁵ Bilaga 8 s. 2.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Avtalets karaktär och krav på föregående annonsering

32. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt eller ramavtal.¹⁶ Med tjänstekontrakt avses avtal med ekonomiska villkor, som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser tillhandahållande av tjänster.¹⁷
33. Avtalet avser köp av tjänster för drift av ett serveringskök. Enligt Avtalet ansvarar leverantören bland annat för tillagning och servering av frukost, servering av lunch, middag och fika och städning av serveringsköket. I utbyte mot tillhandahållandet av tjänsten utger kommunen ekonomisk ersättning till leverantören. Avtalet uppfyller således rekvisiten för att utgöra ett offentligt tjänstekontrakt.¹⁸ Mot bakgrund av att tjänsten avser tillagning och servering av måltider omfattas den av bilaga 2 till LOU.¹⁹
34. Huvudregeln enligt LOU är att ingåendet av ett tjänstekontrakt ska föregås av genomförandet av en annonserad upphandling. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²⁰
35. Om värdet av en upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster överstiger tillämpligt tröskelvärde ska upphandlingen annonseras i enlighet med 10 kap. 1, 2 och 4 §§ LOU.²¹ Om värdet av en upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster understiger tillämpligt tröskelvärde ska bestämmelserna om annonsering i 19 kap. LOU tillämpas.²² Tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster uppgick 2020 till 7 701 675 kronor exklusive mervärdesskatt. När värdet av en upphandling understiger direktupphandlingsgränsen behöver annonsering inte ske.²³ 2020 uppgick direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster till 615 312 kronor.
36. Vare sig Avtalet, eller tidigare avtal med CooPartner, har föregåtts av annonsering enligt LOU.

¹⁶ 1 kap. 2 § LOU.

¹⁷ 1 kap. 15 § och 21 § LOU.

¹⁸ Jfr 1 kap. 15 och 21 §§ LOU.

¹⁹ Jfr CPV-koderna 55510000-8, matsalstjänster, 55511000-5, matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2, drift av matsal, och 55100000-1 till 55410000-7, hotell- och restaurangtjänster.

²⁰ Se bland annat EU-domstolens dom 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 prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

²¹ 19 kap. 3 § 2 st. LOU.

²² 19 kap. 1 § 2 LOU.

²³ 19 kap. 7 § 3 st. LOU.

37. Tidigare avtal reglerar inte möjlighet till en sådan förlängning som följer av Avtalet. Det rör sig således om ett nytt avtal.
38. Utrymmet att sluta ett nytt avtal, som ändrar ett tidigare avtal, utan att genomföra en ny annonsering enligt LOU är vidare mycket begränsat. Huvudregeln är att även sådana avtal ska föregås av annonsering. Hur parterna benämner ett avtal saknar självständig betydelse för bedömningen av om det rör sig om ett sådant avtal som borde ha föregåtts av annonsering enligt LOU.²⁴
39. Att Avtalet, och tidigare avtal med CooPartner, benämns "förlängningar" respektive "avtalsförlängningar" saknar således självständig betydelse för bedömningen av om det rör sig om ett sådant tjänstekontrakt som borde ha föregåtts av annonsering enligt LOU.
40. Under Konkurrensverkets utredning har det inte framkommit några uppgifter som talar för att Avtalet skulle utgöra en sådan tillåten ändring av tidigare avtal som inte behövt föregås av annonserad upphandling.
41. Avtalet borde således ha föregåtts av annonsering enligt LOU, förutsatt att upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen och att inget av LOU:s undantag från annonseringsskyldigheten varit tillämpligt.

Upphandlingens värde

42. 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. Även värdet av andra direktupphandlingar av samma slag som gjorts under räkenskapsåret ska beaktas.²⁵
43. Värdet av enbart Avtalet är 200 000 kronor.²⁶ Värdet av Avtalet överstiger således vare sig direktupphandlingsgränsen eller tillämpligt tröskelvärde.
44. Kommunen har emellertid även slutit avtal med CooPartner den 28 januari 2020 och den 20 augusti 2020, utan föregående annonsering. Eftersom det

²⁴ Se bland annat 17 kap. 8 § LOU, art. 72.5 i Direktiv 2014/24/EU och prop. 2015/16:195 s. 843–844 och 858–859. Jfr även EU-domstolens dom i mål C-454/06, *Pressetext*, p. 34.

²⁵ 19 kap. 8 § LOU. Se även 5 kap. 3 § LOU enligt vilken värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen och 5 kap. 11 § LOU som stadgar att värdet av tjänstekontrakt som regelbundet återkommer ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret alternativt det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen.

²⁶ Jfr att avtalet gäller från och med den 1 januari 2021 till och med den 28 februari 2021 och att månadsersättningen för uppdraget är 100 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 1.

rör sig om direktupphandlingar som har genomförts under samma räkenskapsår och som avser samma slags tjänst ska även värdet av dessa avtal beaktas vid beräkningen av värdet av upphandlingen av Avtalet.²⁷

45. Avtalet av den 28 januari 2020 är värt 540 000 kronor²⁸ och avtalet av den 20 augusti 2020 är värt 300 000 kronor²⁹.
46. Det sammanlagda värdet av avtal som avser direktupphandlingar av samma slag som genomförts under räkenskapsåret 2020 är således 1 040 000 kronor (200 000+540 000+300 000). Detta är således också värdet av upphandlingen av Avtalet.
47. Upphandlingen av Avtalet borde därför ha annonserats enligt bestämmelserna i 19 kap. LOU, förutsatt att inget undantag från kraven på annonsering är tillämpligt.

Inget undantag från annonseringsplikten är tillämpligt

48. Kommunen har, under Konkurrensverkets utredning, bland annat uppgett att funktionsstödsförvaltningen genomförde en översyn av förvaltningens köksverksamheter när avtalet av den 28 september 2017 löpte ut. Med hänsyn till detta, bedömde kommunen att det fanns behov av att fortsätta anskaffa aktuella tjänster från CooPartner för att en mer komplett översyn av verksamheten skulle kunna göras innan genomförandet av en annonserad upphandling. Kommunen har också uppgett att behovet av att ingå de tre avtalen under 2020 motiverats av att arbetet med en annonserad upphandling dragit ut på tiden på grund av personalomsättning i kommunens ledande befattningar och på grund av de omprioriteringar kommunen behövt göra med anledning av covid-19-pandemin.
49. Av 19 kap. 7 § 3 st. LOU framgår att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.
50. De omständigheter som kommunen hänvisar till utgör inte skäl för undantag från kravet på annonsering enligt LOU.
51. Bland annat noteras att inte har förelegat sådan synnerlig brådska som avses i 6 kap. 15 § LOU.

²⁷ Jfr 19 kap. 8 § LOU.

²⁸ Jfr att avtalet gäller från och med den 1 april 2020 till och med den 30 september 2020 och att månadsersättningen för uppdraget är 90 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 5.

²⁹ Jfr att avtalet gäller från och med den 1 oktober 2020 till och med den 31 december 2020 och att månadsersättningen för uppdraget är 100 000 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 6.

52. Av 6 kap. 15 § LOU framgår att 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. Förfaranden utan föregående annonsering endast bör användas under mycket exceptionella omständigheter.³⁰ I praxis uppställs höga krav på upphandlande myndigheters planering och organisation.³¹ För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan brådskan att anskaffa en viss tjänst och den omständighet som läggs till grund för tillämpningen av undantaget.³²
53. Kommunens eventuella brådska till följd av behov av att samla in erfarenheter inför en senare annonserad upphandling är hänförlig till kommunens egen bristande planering. Det åligger en upphandlande myndighet att planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att de kan genomföras i tid. Det finns ett flertal olika möjligheter att tillgodose behov av information på annat sätt än genom direktupphandling. En upphandlande myndighet som vill undersöka marknaden inför annonsering av en upphandling kan göra detta bland annat i form av dialogmöten med leverantörer, förfrågan om information genom externa remisser och "requests for information" och genom att föra dialog med andra upphandlande myndigheter.
54. Brådska med anledning av personalomsättning är vidare en omständighet som kan tillskrivas kommunen.
55. Eftersom kommunen fattade beslut om att genomföra en upphandling av aktuella tjänster under år 2016³³ står det också klart att eventuell brådska som föranlett behov av att direktupphandla inte föranleddes av covid-19-pandemin. När pandemin bröt ut hade kommunen haft kännedom om behovet av att upphandla aktuella tjänster under en period om minst tre år.
56. Det finns således inga omständigheter som talar för att eventuell brådska skulle ha föranletts av omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av kommunen. Vid dessa förhållanden är undantaget i 6 kap. 15 § LOU inte tillämpligt.

³⁰ Skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU. Se även HFD 2019 ref. 65.

³¹ Se HFD 2017 ref. 66. Jfr även Kammarrätten i Sundsvalls domar den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14.

³² EU-domstolens dom i mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 14.

³³ Se Bilaga 2.

57. Det föreligger inte heller sådana omständigheter som ger rätt till direktupphandling mot bakgrund av synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § 3 st. LOU. I förarbetena har framhållits att undantaget främst är avsett för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte kunnat råda över. Att den upphandlande myndigheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering medför inte rätt att direktupphandla.³⁴
58. Eftersom utredningen inte heller talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

59. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.³⁵ 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.³⁶
60. 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.³⁷

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

61. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.³⁸
62. Avtalet slöts den 22 december 2020. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste således ha lämnats in till domstolen inom ett år från detta datum.

³⁴ Prop. 2009/10:180 s. 344–345 och prop. 2001/02:142 s. 99.

³⁵ 21 kap. 1 § 3 LOU.

³⁶ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

³⁷ A. prop. s. 196–197.

³⁸ 21 kap. 7 § LOU. Det relevanta vid bedömningen av om ansökan har inkommit i tid är tidpunkten för det avtal som omfattas av ansökan. Den aktuella tidsfristen ska inte sammanblandas med förutsättningarna att beakta värdet av avtal som slutits mer än ett år innan ansökan lämnas till domstolen vid beräkningen av direktupphandlingens värde enligt LOU. Beräkningen av värdet styrs av särskilda bestämmelser. Se bland annat Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 december 2016 i mål nr 5524-16, där det framgår att även tidigare direktupphandlingar under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av upphandlingens värde vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift. Se även Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 26 april 2021 i mål nr 5491-20.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

63. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU.³⁹
64. Upphandlingens värde uppgår till 1 040 000 kronor (se ovan punkterna 42–46). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 104 000 kronor ($1\,040\,000 \times 0,1$).
65. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.⁴⁰ 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.⁴¹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁴²
66. 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 upprepade 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.⁴³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁴⁴
67. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.⁴⁵
68. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Såvitt framkommit under utredningen föreligger

³⁹ 21 kap. 4 § LOU.

⁴⁰ 21 kap. 5 § LOU.

⁴¹ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

⁴² Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

⁴³ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

⁴⁴ Se prop. 2009/10:180 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.

⁴⁵ 21 kap. 5 § LOU.

härutöver varken några försvårande eller förmildrande omständigheter som bör inverka på sanktionsavgiften.

69. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman

Sophia Anderberg

Bifogas

- | | |
|----------|---|
| Bilaga 1 | Avtalet den 22 december 2020 |
| Bilaga 2 | Protokoll från Karlskrona kommuns funktionsstödsnämnds sammanträde den 15 december 2016 |
| Bilaga 3 | Avtal den 28 september 2017 |
| Bilaga 4 | Avtal den 18 januari 2019 |
| Bilaga 5 | Avtal den 28 januari 2020 |
| Bilaga 6 | Avtal den 20 augusti 2020 |
| Bilaga 7 | Annonsering av upphandling |
| Bilaga 8 | Riktlinjer för inköp och upphandling för Karlskrona |
| Bilaga 9 | Policy för upphandling |