

Förvaltningsrätten i Växjö
Box 42
351 03 Växjö

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

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

Grunder

1. Funktionsstödsnämnden i 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 Karlskrona kommun. Konkurrensverket hemställer om att målet avseende nu aktuell ansökan mot funktionsstödsnämnden i Karlskrona kommun förklaras vilande tills frågan om Karlskrona kommun utgör upphandlande myndighet har avgjorts inom ramen för målet om ansökan riktad mot Karlskrona kommun.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. Funktionsstödsnämnden i Karlskrona kommun (nämnden) har sedan 2017 varit i behov av att anskaffa tjänster avseende drift av serveringskök vid ett på boende på Ringövägen.
4. I december 2016 fattades beslut om att inte längre bedriva köksverksamheten som en sysselsättning enligt socialtjänstlagen (2001:453) (SoL), och att istället genomföra en upphandling av aktuella tjänster, se bilaga 2.²
5. Nämnden 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 nämnden 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 nämnden 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 om en möjlighet till förlängning.
9. Avtalen med CooPartner innebär sammantaget att nämnden 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 Karlskrona kommun 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. 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.

Avtalet utgör en otillåten direktupphandling

Avtalets karaktär och krav på föregående annonsering

12. LOU omfattar de åtgärder som vidtas av upphandlande myndigheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt eller ramavtal.⁸ Med tjänstekontrakt avses avtal med ekonomiska villkor, som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör och som avser tillhandahållande av tjänster.⁹
13. 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 nämnden ekonomisk ersättning till leverantören. Avtalet uppfyller således rekvisiten för att utgöra ett offentligt tjänstekontrakt.¹⁰ Mot bakgrund av att tjänsten avser tillagning och servering av måltider omfattas den av bilaga 2 till LOU.¹¹
14. 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.¹²
15. 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.¹³ Om värdet av en upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster understiger tillämpligt tröskelvärde ska bestämmelserna om annonsering i 19 kap. LOU tillämpas.¹⁴ 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.¹⁵ 2020 uppgick direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster till 615 312 kronor.
16. Vare sig Avtalet, eller tidigare avtal med CooPartner, har föregåtts av annonsering enligt LOU.

⁸ 1 kap. 2 § LOU.

⁹ 1 kap. 15 § och 21 §§ LOU.

¹⁰ Jfr 1 kap. 15 och 21 §§ LOU.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 19 kap. 3 § 2 st. LOU.

¹⁴ 19 kap. 1 § 2 LOU.

¹⁵ 19 kap. 7 § 3 st. LOU.

17. Tidigare avtal reglerar inte möjlighet till en sådan förlängning som följer av Avtalet. Det rör sig således om ett nytt avtal.
18. 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.¹⁶
19. 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.
20. 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.
21. 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

22. 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.¹⁷
23. Värdet av enbart Avtalet är 200 000 kronor.¹⁸ Värdet av Avtalet överstiger således vare sig direktupphandlingsgränsen eller tillämpligt tröskelvärde.
24. Nämnden har emellertid även slutit avtal med CooPartner den 28 januari 2020 och den 20 augusti 2020, utan föregående annonsering. Eftersom det

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.¹⁹

25. Avtalet av den 28 januari 2020 är värt 540 000 kronor²⁰ och avtalet av den 20 augusti 2020 är värt 300 000 kronor²¹.
26. 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.
27. 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

28. Nämnden 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 nämnden 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. Nämnden 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 ledande befattningar och på grund av omprioriteringar med anledning av covid-19-pandemin.
29. 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.
30. De omständigheter som nämnden hänvisar till utgör inte skäl för undantag från kravet på annonsering enligt LOU.
31. Bland annat noteras att inte har förelegat sådan synnerlig brådska som avses i 6 kap. 15 § LOU.

¹⁹ Jfr 19 kap. 8 § LOU.

²⁰ 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.

²¹ 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.

32. 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.²² I praxis uppställs höga krav på upphandlande myndigheters planering och organisation.²³ 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.²⁴
33. Nämndens eventuella brådska till följd av behov av att samla in erfarenheter inför en senare annonserad upphandling är hänförlig till 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.
34. Brådska med anledning av personalomsättning är vidare en omständighet som kan tillskrivas den upphandlande myndigheten.
35. Eftersom nämnden fattade beslut om att genomföra en upphandling av aktuella tjänster under år 2016²⁵ står det också klart att eventuell brådska som föranlett behov av att direktupphandla inte föranleddes av covid-19-pandemin. När pandemin bröt ut hade nämnden haft kännedom om behovet av att upphandla aktuella tjänster under en period om minst tre år.
36. 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 nämnden. Vid dessa förhållanden är undantaget i 6 kap. 15 § LOU inte tillämpligt.

²² Skäl 50 till Direktiv 2014/24/EU. Se även HFD 2019 ref. 65.

²³ 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.

²⁴ EU-domstolens dom i mål C-318/94, *Kommissionen mot Tyskland*, p. 14.

²⁵ Se Bilaga 2.

37. 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.²⁶
38. Eftersom utredningen inte heller talar för att något annat undantag från kravet på annonsering har varit tillämpligt utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

39. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁷ 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.²⁸
40. 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.²⁹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

41. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.³⁰
42. Avtalet slöts den 22 december 2020. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste således ha lämnats in till domstolen inom ett år från detta datum.

²⁶ Prop. 2009/10:180 s. 344–345 och prop. 2001/02:142 s. 99.

²⁷ 21 kap. 1 § 3 LOU.

²⁸ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

²⁹ A. prop. s. 196–197.

³⁰ 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

43. 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.³¹
44. Upphandlingens värde uppgår till 1 040 000 kronor (se ovan punkterna 22–26). Det medför att upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 104 000 kronor ($1\,040\,000 \times 0,1$).
45. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.³² 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.³³ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.³⁴
46. 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.³⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.³⁶
47. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.³⁷
48. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Såvitt framkommit under utredningen föreligger

³¹ 21 kap. 4 § LOU.

³² 21 kap. 5 § LOU.

³³ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

³⁴ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

³⁵ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

³⁶ 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.

³⁷ 21 kap. 5 § LOU.

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

49. 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 |