



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avd. 3

DOM
2023-05-08
Meddelad i Göteborg

Mål nr
3600-23

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Mölnads kommun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Mölnads kommun ska betala 220 000 kr i
upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND

Mölnads kommun (kommunen) ingick den 25 maj 2022 ett avtal med Ensolution AB (Ensolution) avseende Moduler för stödbehovsmätning utan föregående annonsering.

Konkurrensverket ansöker nu om att kommunen ska betala 220 000 kr i upphandlingskadeavgift och anför att avtalet den 25 maj 2022 med Ensolution utgör en otillåten direktupphandling. För fullständig motivering av ansökan se bilaga 1.

PARTERNAS INSTÄLLNING M.M.

Kommunen anser att ansökan ska avslås alternativt att upphandlingskadeavgiften ska jämkas till noll. Kommunen anför i huvudsak följande. Aktuell tjänst avser onlinestöd för att dokumentera, genomföra, analysera och samla individuella stödbehovsmätningar samt konsultstöd, analys, utbildning i stödbehovsmätning, utförande av stödbehovsmätningar/behovsbedömningar och validering av resultat. Under marknadsundersökningen har det visat sig att det endast finns två potentiella leverantörer. Vid genomgång och visningar kunde det dock konstateras att endast en av dessa leverantörer kunde leverera efterfrågad tjänst. Den andra leverantören har även uttryckt att de inte hade för avsikt att utveckla tjänsten i den riktning kommunen hade behov av nämligen stödbehovsmätning på individnivå. Det har således inte varit fråga om någon otillåten direktupphandling och skulle domstolen göra denna bedömning föreligger förmildrande omständigheter. Enligt 6 kap. 14 § LOU får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Kommunen har fokuserat på befintligt behov dvs. behov av att göra behovsbedömningar på individnivå snarare än en viss teknisk lösning. Stadens behov har koppling till föremålet och är varken godtyckliga

eller osakliga. Det har inte framkommit något annat rimligt alternativ till tjänsten i fråga varför undantaget i LOU är tillämpligt. Hade det funnits alternativ hade kommunen annonserat upphandlingen då kommunen arbetar för konkurrens och är mycket restriktiv med direktupphandlingar. Det förefaller inte rimligt att någon konkurrent med viss framförhållning skulle ha kunnat ta fram en liknande tjänst under sedvanlig annonseringstid. Att ta fram en teknisk lösning av nu aktuell typ tar troligen lång tid och är kostsamt. Vid genomförd marknadsundersökning har det inte framkommit att det finns någon leverantör som har ambition att utveckla något liknande. Tjänstens art dvs. administration inom socialtjänsten, visar att det inte finns något gränsöverskridande intresse för denna typ av tjänst. Utfallet hade således blivit detsamma om upphandlingen hade annonserats.

Konkurrensverket vidhåller ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU (21 kap. 1 § tredje punkten LOU).

En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska, i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet, ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet tecknades (21 kap. 7 § andra stycket LOU).

Upphandlingar ska som regel annonseras. Därigenom ska alla leverantörer få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar

som med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt, den så kallade direktupphandlingsgränsen, behöver inte annonseras (10 kap. 1 § och 19 a kap. 2 § LOU).

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen (6 kap. 14 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Det avtal som utgör grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlings-skadeavgift ingicks den 13 maj 2022. Konkurrensverkets ansökan kom in till förvaltningsrätten den 28 mars 2023. Ansökan har därmed kommit in i rätt tid.

Avtalets omfattning och innehåll

Det är ostridigt att den aktuella upphandlingen avser tjänster. Kommunen har angett att det är fråga om administration inom socialtjänsten varför direktupphandlingsgränsen är högre (7 802 550 kr) medan Konkurrensverket hävdar att det inte är fråga om sådana tjänster då avtalet framförallt avser igångsättning och implementering av aktuellt system medan de fortsatta

bedömningarna efter detta ska utföras av socialtjänsten själva varför den lägre direktupphandlingsgränsen om 700 000 kr ska tillämpas.

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att det inte är fråga om administration inom socialtjänsten då den större delen av avtalet avser införandet och igångsättning av ett nytt system. Den administration som Ensolution enligt avtalet ska göra är kopplad till igångsättandet och avser endast detta tillfälle då socialtjänsten därefter ska göra bedömningarna på egen hand. Att programmet i sig är avsett för administration innebär ingen annan bedömning. Kommunen har vidare i efterannonseren själva angett att den huvudsakliga CPV-koden är Programvara och informationssystem samt angett övriga CPV-koder för informationssystem, systemtjänster och tekniska konsulttjänster, konsulttjänster för projektledning och programimplementering. Angivna CPV-koder talar således inte heller för att det är fråga om administration inom socialtjänsten då detta har en egen CPV-kod. Direktupphandlingsgränsen för aktuell upphandling är därmed 700 000 kr.

Avtalets värde

Kommunen har under utredningens gång justerat avtalets värde till 3 079 000 kr – ett värde som inte ifrågasatts av Konkurrensverket. Eftersom parterna är överens om värdet på avtalet saknas det skäl för förvaltningsrätten att göra en annan bedömning i denna del. Värdet av upphandlingen är därmed så högt att upphandlingen borde ha annonserats.

Finns skäl för undantag från kravet på annonsering?

Frågan är därefter om det har funnits tekniska skäl för undantag från kravet på annonsering enligt 6 kap. 14 § LOU. Undantaget ska tolkas restriktivt. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs att föremålet som upphandlas är av teknisk karaktär och att det med anledning av den tekniska karaktären är

nödvärdigt att tilldela ett visst företag kontraktet. Det krävs att det saknas ytterligare potentiella leverantörer inom hela den inre marknaden för att undantaget ska få tillämpas och det är kommunen som har att visa att samtliga förutsättningar är uppfyllda.

Kommunen har angett att man genomfört en marknadsundersökning och initialt funnit två potentiella leverantörer. Redan i och med detta går det inte att utesluta att ytterligare leverantörer har funnits på marknaden. Vidare framgår inte att kommunen har genomfört sin marknadsundersökning på hela den inre marknaden varför det kan finnas ytterligare potentiella leverantörer. Den marknadsundersökning som kommunen har genomfört är därmed inte tillräcklig för att konstatera att det endast har funnits en aktuell leverantör på hela den inre marknaden som har kunnat tillgodose kommunens behov i nu aktuellt avseende. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att kommunen inte har visat att förutsättningar för att tillämpa undantaget från annonsering är uppfyllda. Avtalet med Ensolution utgör därmed en otillåten direktupphandling. Något annat tillämbart undantag för att kommunen skulle ha haft godtagbara skäl för att direktupphandla har inte kommit fram.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU).

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 (21 kap. 5 § LOU).

Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att

med synnerliga skäl närmast åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198).

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som kommunen har gjort inte är att anse som ringa. Det har inte heller kommit fram sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en sanktionsavgift. Det finns därmed grund för att bestämma att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift.

En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarigare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten, som exempelvis ett upprepat beteende, bör ses som en försvårande omständighet. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet (prop. 2009/10:180 s. 197 f.).

Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling. Det rör sig alltså om en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket betyder att sanktionsvärdet är högt. Det har enligt förvaltningsrättens bedömning inte kommit fram vare sig försvårande eller förmildrande omständigheter. En upphandlingsskadeavgift om 220 000 kr får utifrån upphandlingens värde och omständigheterna i övrigt därför anses som en effektiv, proportionerlig och avskräckande sanktion för kommunen. Förvaltningsrätten bifaller därmed Konkurrensverkets ansökan i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Susanne Nilsson

Chefsrådman

Föredragande i målet har varit Lena Rehnberg