

**SÖKANDE**

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Håbo kommun

Ombud: Advokat [REDACTED]
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att
Håbo kommun ska betala en upphandlingskadeavgift om 110 000 kr.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU ska besluta att Håbo kommun (kommunen) ska betala 110 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin ansökan för Konkurrensverket fram i huvudsak följande. Kommunen har den 23 mars 2020 ingått avtal med Deloitte AB avseende granskning av det kommunala bolaget Håbo Marknadsaktiebolag (HMAB) utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 110 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen för fram följande. Kommunen anser att upphandlingen är undantagen från upphandlingsplikt. Kommunen medger dock samtidigt att motiveringen till detta inte har dokumenterats på ett korrekt sätt vid tidpunkten för beställning. Av det skälet har kommunen accepterat att upphandlingsskadeavgift ska påföras kommunen. Kommunen har dock reserverat sig mot Konkurrensverkets beräkning av upphandlingsskadeavgiften då kommunen anser att de tjänster som beställts av en advokat ska avräknas från upphandlingens värde då juridiska tjänster av det slaget inte är upphandlingspliktiga. Med den reservationen medger kommunen ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig utgångspunkt

Av 21 kap. 1 § 3 LOU följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-

skadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § eller 36 § första stycket LOU.

Avtalets värde

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det skett en otillåten direktupphandling. För att kunna ta ställning till det behöver först avtalets värde fastställas.

Konkurrensverket för fram bl.a. följande gällande avtalets värde.

Avtalet utgör ett tjänstekontrakt enligt 1 kap. 21 § LOU. 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 också har skett genom tecknande av ett tilläggsavtal den 26 maj 2020. 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 upphandling och därmed räknas samman vid beräkning av avtalets värde.

Undantaget i 3 kap. 22 § andra stycket LOU avseende vissa juridiska tjänster 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. 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. Uppdraget har dessutom avtalats med en revisionsbyrå och utförts av revisionskonsulter av

olika rang. En advokat från en advokatbyrå har bedömt legala frågeställningar. Avtalet har dock inte tecknats med denna advokat. 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 förestående rättsligt förfarande. Hela den fakturerade kostnaden ska därför beaktas vid beräkningen av avtalets värde.

Förvaltningsrätten gör i denna del, liksom Konkurrensverket, bedömningen att det ursprungliga avtalet och tilläggsavtalet är del av samma upphandling och därför ska räknas samman vid beräkning av avtalets värde.

Kommunen har vidare fört fram att en del av den kostnad som fakturerats är hänförlig till en icke upphandlingspliktig advokattjänst som därmed inte ska räknas med i kontraktsvärdet. Av 3 kap. 22 § LOU framgår att lagen inte gäller för upphandling som avser biträde till en klient av en advokat i vissa rättsliga förfaranden. Undantagen gäller enligt bestämmelsens andra stycke även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller 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. Bestämmelsen ska förstås så att det krävs att kontraktet ingås med en advokat för att undantagen ska vara tillämpliga (se prop. 2015/16:195 s. 970). Kommunen har inte ingått sitt avtal med en advokat utan med en revisionsbyrå.

Förvaltningsrätten bedömer därför att upphandlingen inte avser sådana juridiska tjänster som är undantagna från upphandlingsplikt. Hela den fakturerade kostnaden ska alltså räknas med i kontraktsvärdet. Kommunen har fakturerats och betalat totalt 1 442 400 kr (exklusive mervärdesskatt) för uppdraget, vilket alltså är avtalets värde. Värdet understiger aktuellt tröskelvärdet, men överstiger direktupphandlingsgränsen. Upphandlingen borde alltså ha annonserats i enlighet med huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU,

om inte direktupphandling varit tillåten enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU.

Har direktupphandling varit tillåten?

Direktupphandling får enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Kommunen anser att upphandlingen är undantagen från upphandlingsplikt men har medgett att en upphandlingsskadeavgift ska utgå mot bakgrund av att det enligt kommunen inte har dokumenterats på ett korrekt sätt vid tidpunkten för beställning. Kommunen har under skriftväxlingen hos Konkurrensverket fört fram att undantaget från krav på annonsering i 6 kap. 15 § LOU är tillämpligt.

En upphandlande myndighet får enligt 6 kap. 15 § LOU 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.

Konkurrensverket för i denna del fram bl.a. följande.

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. Några av HMAB:s styrelseledamöter och suppleanter, som enligt avtalet kunde bli föremål för granskningen, har deltagit vid sammanträdet. Det ska även noteras att kommunstyrelsens sammanträdesprotokoll anslås och offentliggörs digitalt på kommunens anslagstavla. 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 kan även ifrågasättas om potentiella ekonomiska oegentligheter överhuvudtaget kan utgöra sådan omständighet.

Kommunen har vidare förfogat över tidpunkten för ingående av avtalet. Kommunen har – räknat från slutet av 2019 eller början 2020 – dröjt cirka tre månader med att ingå avtalet. Synnerlig brådska föreligger inte om det finns tid för att genomföra ett påskyndat förfarande. 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 svar, var tillförordnad VD i HMAB från den 30 augusti 2019 till den 7 november 2019. Det kan därför antas att uppgifter om potentiella ekonomiska oegentligheter kommit till kommunens kännedom redan tidigare.

Den synnerliga brådskan att ingå avtalet har enligt kommunen berott på risken för undanröjande av bevis. Som konstaterats 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.

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.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen själv anser att den inte kan visa att upphandlingen är undantagen från upphandlingsplikt. Utifrån den utredning som Konkurrensverket har lagt fram anser förvaltningsrätten att det inte har framkommit att det förelegat sådan synnerlig brådskan som avses i 6 kap. 15 § LOU. Förvaltningsrätten bedömer vidare att upphandlingen inte rör en sådan absolut nödvändig anskaffning som avses i bestämmelsen (jfr HFD 2019 ref. 65). Upphandlingen har alltså inte varit undantagen från krav på annonsering på den aktuella grunden.

Vidare har kommunen under skriftväxlingen hos Konkurrensverket angett att upphandlingen inte behövt annonserats enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU då det funnits synnerliga skäl att direktupphandla.

Konkurrensverket för i denna del fram bl.a. följande.

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

konstaterats har dessutom kommunen haft kännedom om uppgifterna under en längre tid innan avtalet ingicks; en tidpunkt som kommunen för övrigt haft rådighet över.

Kommunen har gjort gällande att granskningens omfattning och behovet av spetskompetens innebar att det endast funnits fyra leverantörer som kunnat utföra det aktuella uppdraget. 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. Av EU-rättspraxis följer dessutom att upphandlande myndigheter inte får förbjuda användning av underleverantörer. Till detta kommer att LOU inte tillåter upphandlande myndigheter att – utifrån egna bedömningar om vilka eller vilken leverantör som kan tillhandahålla en viss tjänst – utforma en upphandling på ett sätt som antingen undantar den från lagens tillämpningsområde eller medför en konstlad avgränsning av marknaden. Undantaget om synnerliga skäl kan således inte tillämpas.

Förvaltningsrätten gör här följande bedömning. Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen själv anser att den inte kan visa att det föreligger synnerliga skäl. Förvaltningsrätten bedömer mot bakgrund av den utredning som Konkurrensverket har lagt fram att det inte har framkommit att direktupphandling varit tillåten utifrån undantaget avseende synnerliga skäl.

Då det inte varit tillåtet att direktupphandla borde upphandlingen ha annonserats enligt 19 kap. 9 § LOU. Så skedde inte. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att en upphandlingsskadeavgift ska påföras kommunen.

Avgiftens storlek

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.

Enligt 21 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt (se prop. 2009/10:180 s. 197).

Konkurrensverket för i denna del fram bl.a. följande. Det är fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken försvårande eller förmildrande. 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Förvaltningsrätten konstaterar att avtalets värde uppgår till 1 442 400 kr. Tio procent av det beloppet är

144 240 kronor. Upphandlingskadeavgiften ska alltså som lägst uppgå till 10 000 kronor och som högst till 144 240 kronor.

När det gäller avgiftens storlek bedömer förvaltningsrätten att överträdelsen varken är ringa eller att det i målet har kommit fram sådana synnerliga skäl som krävs för att avgiften ska kunna efterges. Eftersom det är fråga om en otillåten direktupphandling ska sanktionsvärdet i normalfallet vara högt. Det har enligt förvaltningsrättens mening inte kommit fram att det finns några direkt försvårande eller förmildrande omständigheter. Sammantaget anser förvaltningsrätten att det av Konkurrensverket yrkade beloppet framstår som väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och vad som i övrigt kommit fram i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-03)

Johan Rick
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Jolinn Andersson Engblom.



Hur man överklagar

FR-03

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Så här gör du

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att kammarrätten ska

ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).

3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.