

Förvaltningsrätten i Stockholm  
115 76 Stockholm

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Region Gotland, socialnämnden, 621 81 Visby

### **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 Region Gotland ska betala femhundra-trettio-tusen (530 000) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Socialnämnden i Region Gotland ("Socialnämnden") har, i egenskap av upphandlande myndighet vid den aktuella upphandlingen, brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 8 november 2018 ingå avtal om bemanningstjänster avseende socionomer och socialsekreterare med CareOnDemand Sociala tjänster AB (CareOnDemand) utan föregående annonsering, se [bilaga 1](#). Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Socialnämnden har under en längre tid varit beroende av att anskaffa bemanningstjänster avseende socionomer och socialsekreterare för att tillgodose sitt behov inom socialtjänsten. Behovet har inte kunnat tillgodoses genom att anställa personal.
3. Under 2016 uppmärksammade Socialnämnden att socionomer är en svårrekryterad grupp vilket ledde till användning av inhyrda socionomer vid utredningar inom barn- och ungdomsvården. Nämnden gjorde också bedömningen att socialförvaltningens behov av "hyrpersonal" skulle bestå även fortsättningsvis, se [bilaga 2](#).<sup>1</sup>
4. Under 2017 uppgick kostnaden för sådan "hyrpersonal" till 7,9 miljoner kronor, varav största delen avsåg barn- och ungdomsvården, se [bilaga 3](#).
5. Behovet kvarstod under 2018. För att tillgodose detta behov har Socialnämnden löpande ingått avtal med privata leverantörer utan föregående annonsering enligt LOU.
6. Det är avtalet den 8 november 2018 med CareOnDemand, som avser tjänster utförda under perioden 181203–190131, som nu är föremål för Konkurrensverkets ansökan.
7. Vid sidan av direktupphandlingarna gjorde Socialnämnden fortsatta försök att rekrytera och anställa socionomer.
8. Socialnämnden inrättade också ett dynamiskt inköpssystem avseende bemanningstjänster för socionomer och socialsekreterare, som fanns tillgängligt från och med hösten 2018. Systemet annonserades den 21 augusti 2018. Socialnämnden har under Konkurrensverkets utredning uppgett att sammanställningen av de första kvalificerade leverantörerna var klar den 25

---

<sup>1</sup> Se bilaga 2, punkt 5.8, *Svårrekryterade grupper* och punkt 6.5, *Hyrpersonal*.

september 2018, och att ett internt meddelande skickades till ansvariga enhetschefer om att systemet var färdigt att använda den 1 oktober 2018.

9. Socialnämnden direktupphandlade aktuella tjänster även efter att det dynamiska inköpssystemet hade inrättats. Bland annat slöts det avtal som omfattas av denna ansökan. Enligt Socialnämnden annonserades de första upphandlingarna i systemet i april 2019.

### **Socialnämnden är upphandlande myndighet vid anskaffningarna av bemanningstjänster avseende socionomer och socialsekreterare under 2018**

10. Anskaffningarna av bemanningstjänster avseende socionomer och socialsekreterare under 2018 har gjorts inom Socialförvaltningens avdelning Individ- och familjeomsorgen, enheterna för barn och unga respektive ensamkommande ungdomar. Socialförvaltningen är knuten till Socialnämnden och tjänsterna ska användas inom nämndens verksamhetsområde.
11. Av Region Gotlands interna reglementen framgår att regionen betraktar varje nämnd som en egen upphandlande myndighet inom sitt verksamhetsområde, med ansvar för att dess upphandlingar sker i enlighet med gällande regelverk. Det framgår också att Socialnämnden har en egen förvaltning och budget. Vid sådana förhållanden kan nämnden vara en egen upphandlande myndighet när den genomför upphandlingar på ett tillräckligt självständigt sätt.<sup>2</sup>
12. Såvitt framgår av utredningen har Socialnämnden i detta fall genomfört anskaffningarna av bemanningstjänster avseende socionomer och socialsekreterare under 2018 på ett sådant självständigt sätt att nämnden utgör en upphandlande myndighet vid dessa anskaffningar.

### **Avtalet den 8 november 2018 med CareOnDemand utgör en otillåten direktupphandling**

13. Avtalet den 8 november 2018 med CareOnDemand rör bemanningstjänster avseende en socionom. Avtalet utgör ett sådant tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 till LOU.
14. För upphandlingar som omfattas av bilaga 2 till LOU är 19 kap. LOU tillämpligt. Av 19 kap. 3 § och 9 § LOU framgår att vid upphandling av tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU, vars värde understiger det

---

<sup>2</sup> Se HFD 2018 ref 67.

tröskelvärde som anges i 5 kap. 1 § (7 113 450 kronor), ska bestämmelserna om annonsering i 19 kap. 9 § LOU tillämpas.

15. Enligt huvudregeln i 19 kap. 9 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Upphandlingar med ett värde som understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen (586 907 kronor) 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 tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.<sup>3</sup>

### Upphandlingens värde

16. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.<sup>4</sup>
17. Det framgår inte något totalt värde av det avtal som omfattas av Konkurrensverkets ansökan. Av utredningen framgår att värdet av enbart detta avtal inte i sig överstiger direktupphandlingsgränsen. Socialnämnden har uppgett att det fakturerade beloppet hänförligt till avtalet uppgår till 283 842 kronor exklusive mervärdesskatt (258 125 + 9 000 + 16 717), se bilaga 4.<sup>5</sup> Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta dessa uppgifter.
18. Socialnämnden har dock direktupphandlat tjänster av samma slag vid ett flertal tillfällen under 2018, se bilaga 4 och bilaga 5.<sup>6</sup> Av LOU följer att det sammanlagda värdet av dessa direktupphandlingar ska beaktas vid beräkningen av värdet av den nu aktuella direktupphandlingen.

---

<sup>3</sup> Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål C-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. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not 134.

<sup>4</sup> Se bland annat prop. 2009/10:180 s. 293, HFD 2017 ref. 74, Kammarrätten i Stockholms dom den 22 maj 2013 i mål nr 2504-13, Kammarrätten i Stockholms dom den 15 oktober 2013 i mål nr 1965-13 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 överträdelse under det aktuella räkenskapsåret, som i och för sig har preskriberats, ska läggas till grund för beräkningen av värdet vid bestämning av avgiften i mål om upphandlingsskadeavgift.

<sup>5</sup> Fakturerat belopp framgår av bilaga 4 punkten 11.

<sup>6</sup> Sammanställningen i bilaga 4, som bygger på uppgifter från Socialnämnden, innehåller tre avtal utöver de avtal som bifogas i bilaga 5. Vad gäller dessa tre avtal (bilaga 4, punkterna 12–14), som i likhet med övriga avtal har ingåtts skriftligen, har avtalskopior inte återfunnits av Socialnämnden.

19. Av uppgifter från Socialnämnden framgår att det totala fakturerade beloppet med anledning av det avtal som omfattas av ansökan och övriga avtal uppgår till 7 039 757 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 4.
20. Konkurrensverket, som inte finner anledning att ifrågasätta Socialnämndens uppgifter om fakturerat belopp, gör bedömningen att värdet av upphandlingen den 8 november 2018 bör bestämmas till 7 039 757 kronor.
21. Värdet av den aktuella upphandlingen överstiger således direktupphandlingsgränsen. Upphandlingen borde därför ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU, om det inte förelåg några undantag från annonsering.

### **Något undantag från annonseringsplikten är inte tillämpligt**

22. Socialnämnden har, under Konkurrensverkets utredning, bland annat framhållit att svårigheten att rekrytera socionomer har lett till att hyrpersonal använts. Regionen har också uppgett att man parallellt med direktupphandlingarna har försökt att rekrytera och anställa socionomer och socialsekreterare.
23. Under vissa förutsättningar kan det finnas en rätt att underlåta annonsering med stöd av synnerlig brådska. Detta följer av 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU.
24. För att detta undantag ska vara tillämpligt krävs att anskaffningen är absolut nödvändig och att synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas och inte heller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Om myndigheten hade kunnat tillgodose sitt behov genom att tillämpa ett påskyndat förfarande så är det inte fråga om en sådan brådska som kan medge rätt till undantag.<sup>7</sup> Av förarbeten och praxis framgår att omständigheterna som läggs till grund för tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska inte till någon del får bero på den upphandlande myndighetens agerande.<sup>8</sup> Det ställs vidare höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.<sup>9</sup> Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast har karaktären av force majeure.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Se mål C-126/03 *Kommission mot Tyskland*, punkt 23.

<sup>8</sup> Se prop. 2006/07:128, s. 327 och 429, prop. 2009/10:180, s. 344 samt mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien* och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 40-43 med hänvisningar.

<sup>9</sup> Jfr t.ex. mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien*, punkt 26-28.

<sup>10</sup> Se Kammarrätten i Sundvalls avgörande i mål nr 3208-14 av den 26 augusti 2015.

25. Av Konkurrensverkets utredning framgår att det under en längre tid har varit känt för Socialnämnden att det fanns svårigheter att rekrytera socionomer och att det därför fanns ett behov att upphandla bemanningstjänster (se ovan punkterna 2–4). Trots detta fanns inget upphandlat avtal på plats förrän i oktober 2018, då det dynamiska inköpssystemet var klart att användas.
26. I sammanhanget noteras också att Socialnämnden fortsatte att direktupphandla även efter att det dynamiska inköpssystemet hade inrättats. Det avtal som omfattas av aktuell ansökan slöts mer än en månad efter att det dynamiska inköpssystemet var klart att användas.
27. Av omständigheterna framgår att behovet att direktupphandla inte har föranletts av sådan brådska som inte har kunnat förutses och som inte till någon del beror på Socialnämnden. Det föreligger därför inte skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska enligt LOU. Det har inte heller framkommit andra skäl under utredningen som ger Socialnämnden rätt ingå det aktuella avtalet utan föregående annonsering. Avtalet den 8 november 2018 utgör därför en otillåten direktupphandling.

### **Upphandlingsskadeavgift**

28. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU). 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.<sup>11</sup>
29. 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.<sup>12</sup>

### **Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan**

30. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts (21 kap. 7 § LOU).
31. Det avtal som ansökan gäller slöts den 8 november 2018. En ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

---

<sup>11</sup> Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

<sup>12</sup> A. prop. s. 196–197.

### Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

32. 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. eller 19 kap. 8 § LOU (21 kap. 4 § LOU).
33. Den aktuella upphandlingens värde är 7 039 757 kronor (se ovan punkterna 15–20). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 703 976 kronor ( $7\,039\,757 \times 0,1$ ).
34. 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).
35. 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.<sup>13</sup> Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>14</sup>
36. 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.<sup>15</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.<sup>16</sup>
37. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet är därför som regel högt. Rättsläget kan inte anses oklart. Omständigheterna som redogjorts för ovan är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.

---

<sup>13</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

<sup>14</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

<sup>15</sup> A. prop. s. 197–198 och 369–370.

<sup>16</sup> 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.

38. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 530 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
- 

Marie Östman

Sophia Anderberg

**Bifogas**

- |          |   |  |
|----------|---|--|
| Bilaga 1 | - | Avtal den 8 november 2018  |
| Bilaga 2 | - | Utdrag ur Socialnämndens årsredovisning 2016                                   |
| Bilaga 3 | - | Utdrag ur Socialnämndens verksamhetsberättelse 2017                            |
| Bilaga 4 | - | Konkurrensverkets sammanställning –<br>avtalsförteckning och fakturerat belopp |
| Bilaga 5 | - | Avtal 2018   |