

Förvaltningsrätten i Göteborg
Box 53197
400 15 Göteborg

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Kungsbacka kommun, 431 81 Kungsbacka

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 Kungsbacka kommun ska betala 140 000 (etthundrafyrtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Kungsbacka kommun (kommunen) har brutit mot 19 kap. 9 § LOU genom att den 26 november 2018 ingå avtal med Kunskapsbolaget KLN AB (KLN) om konsult som interimschef för Miljö- och hälsoskyddsförvaltningen samt Byggnadsförvaltningen utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör det ingångna avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. I slutet av februari 2018 uppstod ett behov för kommunen att rekrytera en förvaltningschef till Miljö- och hälsoskyddsförvaltningen till följd av att förvaltningschefen sagt upp sig. Kommunen såg ett behov av att hitta en ersättare snabbt i avvaktan på ordinarie rekryteringsprocess. Försök gjordes att hitta en lämplig kandidat internt inom kommunen och i olika nätverk. Kommunen beslutade till sist att ta in en extern konsult för uppdraget att vara chef för förvaltningen. Tre olika leverantörer tillfrågades men endast KLN kunde leverera en kandidat utifrån de krav som kommunen ställt upp. Den ordinarie rekryteringsprocessen blev försenad eftersom diskussioner fördes inom kommunen om att inrätta en gemensam förvaltningschef för både Miljö- och hälsoskyddsförvaltningen samt Byggnadsförvaltningen. Beslut om gemensam chef fattades den 12 juni 2018, se [bilaga 1](#), och rekryteringsprocessen inleddes i augusti 2018.
3. Uppdraget som interimschef var till en början avsett att pågå till den 20 augusti 2018 men förlängdes vid fyra tillfällen. Sammantaget kom kommunen att ingå avtal med KLN vid tre tillfällen under 2018 och två tillfällen under 2019.
4. Det första avtalet ingicks den 10 april 2018 för avtalsperioden 20 mars–20 augusti 2018, se [bilaga 2](#).
5. Det andra avtalet ingicks den 16 juli 2018 för avtalsperioden 1 augusti–31 december 2018, se [bilaga 3](#).¹
6. Det tredje avtalet ingicks den 26 november 2018 för avtalsperioden 1 januari–31 mars 2019, se [bilaga 4](#).
7. Det fjärde och femte avtalet ingicks under 2019.²
8. Det första avtalet ingicks för tjänsten som interimschef för Miljö- och hälsoskyddsförvaltningen. Det andra avtalet utgör en förlängning av avtalet

¹ Överlappningen om 20 dagar i förhållande till det första avtalet är enligt kommunen hänförligt till att uppdraget utvidgades i och med avtal 2, se vidare punkt 8 i ansökan.

² Avtalen som ingicks under 2019 omfattas inte av Konkurrensverkets ansökan.

med tilläggsuppdrag som chef för Byggnadsförvaltningen i kommunen. Det tredje avtalet är ytterligare en förlängning av båda uppdragen.

9. Det är det tredje avtalet (Avtalet) från den 26 november 2018 som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.
10. Inget av avtalen har föregåtts av någon annonserad upphandling enligt LOU.

Avtalet med KLN den 26 november 2018 utgör en otillåten direktupphandling

11. Avtalet mellan kommunen och KLN utgör ett tjänstekontrakt enligt 1 kap. 21 § LOU.
12. Enligt huvudregeln 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 en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) 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.³

Upphandlingens värde

13. Enligt 19 kap. 8 § LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.
14. Kommunen har uppskattat värdet av Avtalet till 504 000 kronor exklusive mervärdesskatt samt har bifogat fakturor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta beräkningen.⁴ Avtalets värde understiger således i sig direktupphandlingsgränsen.⁵
15. Kommunen har dock genomfört direktupphandlingar av samma slag vid sammanlagt tre tillfällen under 2018. De tre avtalen med KLN under 2018 avser samma typ av tjänst, samma konsult och ett och samma bolag. Avtalen

³ Se bland annat EU-domstolens dom 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 och RPL Lochau, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

⁴ Avtalet avser 40 timmar per vecka under perioden 1 januari—1 mars 2019 med ett timpris på 1 000 kronor.

⁵ För 2018 uppgick direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor.

har varit avsedda att tillgodose kommunens behov av chef för de respektive förvaltningarna.

16. Kommunen har uppskattat värdet av det första avtalet till 580 000 kronor exklusive mervärdesskatt och värdet av det andra avtalet till 840 000 kronor exklusive mervärdesskatt samt har bifogat fakturor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta beräkningarna.⁶
17. Av LOU följer att det sammanlagda värdet av dessa direktupphandlingar ska beaktas vid beräkningen av värdet av den nu aktuella direktupphandlingen.
18. Det sammanlagda värdet av avtalen och därmed värdet på upphandlingen ska därför beräknas till 1 924 000 kronor exklusive mervärdesskatt (580 000 + 840 000 + 504 000 kronor), se fakturor bilaga 5. Värdet överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger tröskelvärdet.⁷
19. Upphandlingen skulle därför ha föregåtts av annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU såvida det inte förelåg något undantag från annonsering.

Något undantag från annonseringsplikten är inte tillämpligt

20. Kommunen har bland annat uppgett att det uppstod ett akut behov med anledning av att förvaltningschefen vid Miljö- och hälsoskyddsförvaltningen sade upp sig från sin tjänst. Kommunen har också uppgett att sådana tillfälliga behov normalt sett brukar hanteras genom befintlig personal i avvaktan på ordinarie rekrytering. Under våren 2018 fanns det dock inga lämpliga interna lösningar. Rekryteringsprocessen kunde inte heller slutföras som planerat eftersom det var svårt att hitta en passande kandidat.
21. Under vissa förutsättningar får en upphandlande myndighet underlåta att annonsera en anskaffning som är absolut nödvändig på grund av synnerlig brådskas, 19 kap. 7 § tredje stycket och 6 kap. 15 § LOU. Det krävs då att det på grund av synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och som inte heller har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Omständigheter som läggs till grund för tillämpningen av undantaget får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁸ Som

⁶ Av det första avtalet framgår att det totala antalet arbetstimmar under avtalsperioden uppgår till 580 och timpriset till 1 000 kronor. Det andra avtalet avser 40 timmar per vecka under perioden 1 augusti—31 december 2018 med ett timpris på 1 000 kronor.

⁷ För 2018 uppgick tröskelvärdet till 2 096 097 kronor.

⁸ Se prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f. samt mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 25—28 och C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 40—43.

grundförutsättning gäller alltid att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen.⁹

22. Direktupphandling får även användas i tillämplig omfattning när det föreligger synnerliga skäl, 19 kap. 7 § tredje stycket LOU. Uttrycket synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall. Med synnerliga skäl avses främst sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över.¹⁰
23. Konkurrensverket ifrågasätter inte att förvaltningschefens uppsägning legat utanför kommunens kontroll. Det behov som de aktuella avtalen avser är emellertid inte av sådant kvalificerat slag att det varit absolut nödvändigt att genomföra en direktupphandling. Vid sådana förhållanden är inte undantaget för synnerlig brådska tillämpligt. Inte heller är undantaget för synnerliga skäl tillämpligt vid brådska att anskaffa tjänster av aktuellt slag.¹¹
24. Av Konkurrensverkets utredning framgår vidare att brådskan i detta fall delvis har orsakats av kommunens eget agerande. Behovet att rekrytera en chef uppstod i slutet av februari 2018. Rekryteringsprocessen avseende ny ordinarie chef inleddes dock först i augusti 2018 eftersom diskussioner fördes om att inrätta en gemensam förvaltningschefsposition för två förvaltningar (Miljö- och hälsoskydd respektive Byggnadsförvaltningen) och beslut angående detta togs i kommunstyrelsen i juni 2018. Att avvakta sex månader med att påbörja en rekryteringsprocess är en omständighet som är hänförlig till kommunens egen planering.
25. Sammantaget har det inte förelegat sådana förhållanden som utgjort skäl för undantag med stöd av synnerlig brådska. Inte heller har det funnits förutsättningar att tillämpa undantaget för synnerliga skäl. Då det inte heller har framkommit några andra skäl för att underlåta annonsering utgör Avtalet en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

26. 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 krävs inte att den upphandlande myndigheten har agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för

⁹ Kravet på absolut nödvändighet har i praxis t.ex. ansetts vara uppfyllt då behovet avsett inköp av livsmedel till skolor, förskolor och servicehus, se Kammarrätten i Göteborg dom den 29 februari 2012 i mål nr 1446-1452-12. Se även Kammarrätten i Göteborg dom den 28 februari 2012 i mål nr 7469-7472-11 där kammarrätten uttalade att rekvisitet absolut nödvändighet förutsätter att det rör sig om varor eller tjänster av stor samhällsekonomisk betydelse eller av viktig medicinsk art. En utgångspunkt för vad som kan vara absolut nödvändigt kan vara sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som anges i beaktandesats 41 i direktiv 2014/24/EU, se Rosén m.fl. Lagen om offentlig upphandling En kommentar, 2015 s. 260.

¹⁰ Se prop. 2006/07:128 s. 429 och prop. 2001/02:142 s. 99.

¹¹ Jfr prop. 2015/16:195 s. 1375.

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.¹²

27. 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.¹³

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

28. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (21 kap. 7 § LOU).
29. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 24 respektive den 26 november 2018. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 26 november 2018 och en ansökan om upphandlingsskadeavgift måste ha lämnats in till domstolen inom ett år från det datumet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

30. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁴ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 924 000 kronor (se punkt 18 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 192 400 kronor ($1\,924\,000 \times 0,1$).
31. 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).
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.¹⁵
33. 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 till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹³ A prop. s. 196–197.

¹⁴ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

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 ett upprepat beteende att göra 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.¹⁶ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁷

34. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Rättsläget kan inte anses oklart. Enligt Konkurrensverket finns det därutöver varken försvårande eller förmildrande omständigheter.
35. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 140 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Marie Östman

Maria Andersson Müller

Bifogas

Bilaga 1 – Sammanträdesprotokoll 2018-06-12 kommunstyrelsens arbetsutskott

Bilaga 2 – Avtal mellan Kungsbacka kommun och KLN den 10 april 2018

Bilaga 3 – Avtal mellan Kungsbacka kommun och KLN den 16 juli 2018

Bilaga 4 – Avtal mellan Kungsbacka kommun och KLN den 26 november 2018

Bilaga 5 – Fakturor mars till december 2018 samt januari till mars 2019

¹⁶ A. prop. s. 197–198 och 369–370.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 del 1 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.