



SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Herrljunga kommun
Box 201
524 23 Herrljunga

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:109) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Herrljunga kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 65 000 kr.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att Herrljunga kommun ska betala 65 000 kr i upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap.1 § 3 LOU.

Herrljunga kommun (kommunen) motsätter sig bifall till ansökan. Kommunen uppger att Konkurrensverkets beräkning av det samlade kontraktsvärdet godtas och att den yrkade avgiften om 65 000 kr accepteras om förvaltningsrätten finner att det inte förelegat synnerliga skäl att tilldela kontrakt utan föregående annonsering i något av de fall under 2013 där kommunen ansett att sådana skäl förelegat.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Kommunen har brutit mot LOU genom att den 29 maj 2013 ingå avtal med Teambo Konsult AB (Teambo) avseende köp av enhetschefstjänster för arbete på enheten för vård och omsorg utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet (Avtalet) utgör en otillåten direktupphandling. De tjänster som omfattas av Avtalet är så kallade B-tjänster enligt bilaga 3 till LOU, och faller inom kategori 22. De omfattas enligt 1 kap. 2 § LOU inte av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU utan av 15 kap. LOU. Avtalets kontraktsvärde uppgick till 358 001 kr och översteg gränsen för direktupphandling (284 631 kr för år 2013). Synnerliga skäl enligt 15 kap 3 § LOU för att direkttilldela Avtalet förelåg inte. Synnerliga skäl kan utgöras av att det förelåg synnerlig brådska att tilldela kontraktet. Uttrycket synnerliga skäl överlappar med vad som anges för synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3. LOU. För att direkttilldelning på grund av synnerlig brådska ska kunna ske krävs att det var absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Brådskan får inte hänföra sig till omständigheter som myndigheten själv hade kunnat råda över. Kommunens bristande planering och framförhållning med att bemanna sin egen organisation med aktuell kompetens utgör inte en omständighet som kan legitimera en direkttilldelning av Avtalet. Sådant behov är exempel på en omständighet som kommunen borde ha varit medveten om under en längre tid, särskilt då behovet hade uppdagats redan år 2011 då kommunen kontaktade Teambo för första gången. Avtalet innebar att kommunen fortlöpande köpte samma typer av konsulttjänster från Teambo även efter tidigare avtal. Avtalet ingicks alltså för att tillgodose ett behov av konsulttjänster som förelegat sedan 2011 och som alltjämt förelåg den 29 maj 2013. Med beaktade av kommunens stora inköpsvolym av aktuella konsulttjänster framstår det som föga troligt att

kommunen ingick Avtalet för att täcka ett behov som plötsligt uppstått och som inte kunnat förutses. Sedan februari 2011 till september 2013 har kommunen slutit 24 skriftliga uppdragsavtal med Teambo. Samtliga avtal har varit oannonserade kontraktstilldelningar. Kommunen har inte vidtagit några åtgärder för att avhjälpa situationen, t.ex. genom en annonserad upphandling enligt LOU

Kommunen har uppgett att man tillfrågat även andra bemanningsföretag men att ingen av dessa kunnat tillgodose kommunens behov. Detta inverkar inte på konsaterandet att det föreligger en otillåten direktupphandling.

Under 2013 ingick kommunen elva direkttilldelade avtal med Teambo, varav sju av avtalen avsåg köp av enhetschefer på konsultbasis. I dessa sju avtal som tilldelats utan föregående annonsering ingår Avtalet som ligger till grund för ansökan. De sju avtalen utgör direktupphandlingar av samma slag då de avser köp av samma slag av tjänster. Kommunen har upprepat slutit avtal med samma leverantör. Konkurrensverket har inte i ansökan tagit ställning till om övriga köp av konsulttjänster från Teambo är att anse som direktupphandlingar av samma slag. Kontraktsföremålen i förevarande fall, det vill säga konsulterande enhetschefer som arbetat inom socialförvaltningen, ska anses vara av samma slag i enlighet med 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU och ska därmed enligt samma lagrum läggas samman med Avtalets värde när man beräknar Avtalets totala kontraktsvärde. Avtalets kontraktsvärde uppgår efter en sammanräkning till $(1\,313\,595 + 358\,001) = 1\,671\,596$ kr och det är det beloppet som ska läggas till grund för beräkning av yrkad upphandlingsskadeavgift. Överträdelsen är av normalgraden och bör därför medföra en upphandlingsskadeavgift som motsvarar 7-8 % av avtalets värde. En upphandlingsskadeavgift om 130 000 kr motsvarar cirka 7,8 % av det samlade kontraktsvärdet. Det har inte tidigare prövats hur kontraktsvärdet ska beräknas i den situation som föreligger, där det sammantagna kontraktsvärdet inkluderar avtalsvärden som härrör sig

från avtal som slutits för mer än ett år sedan när ansökan gjordes, och som därför i sig inte kan angripas med en talan om upphandlingsskadeavgift. Därför bör upphandlingsskadeavgiften denna gång uppgå till ett lägre belopp än vad som annars hade varit fallet. En upphandlingsskadeavgift om 65 000 kr utgör cirka 3,9 % av det samlade kontraktsvärdet enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket LOU och är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen

Kommunen har i tidigare svar till Konkurrensverket anfört synnerliga skäl att tilldela kontrakt utan föregående annonsering. Tillfälliga personalinsatser har krävts på grund av att personal har slutat sina anställningar och nyrekrytering har varit tidskrävande. Vidare har akuta situationer uppstått som nödvändiggjort en skyndsam utredning inom t.ex. familjerätten. Avtalstiderna har varit begränsade och endast avsett behov av konsulttjänst för att rekrytering av egen personal skulle kunna ske och för att rimlig handläggningstid för akuta ärenden skulle kunna erbjudas. De kontaktade andra bemanningsföretag men de kunde inte tillgodose behovet. Det finns ingen dokumentation som styrker detta bl.a. då kontakterna skedde via telefon och tjänsteanteckningar saknas. Avtalet den 29 maj 2013 avsåg köp av konsulterande enhetschef. Avtalets värde översteg gränsen för direktupphandling. Det förelåg dock synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU att tilldela Avtalet utan föregående annonsering. Rekryteringsprocessen bedömdes vara svår att genomföra under sommaren. Även i andra ärenden där konsulter anlitas har funnits synnerliga skäl att använda direktupphandling. Händelserna har inte gått att påverka genom annorlunda planering eller framförhållning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 15 kap. 3 § LOU, i dess lydelse före den 1 juli 2014, anges bl.a. följande. Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

I 4 kap. 5 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

Tillsynsmyndigheten får enligt 17 kap. 2 § LOU andra stycket hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 3.

Ansökan ska enligt 17 kap. 7 § andra stycket, om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ha inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a §.

Enligt 15 kap. 3 a § tredje stycket ska vid beräkningen av kontraktsvärdet beaktas direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Enligt 17 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.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anføres bl.a. följande i förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. 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. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten

direktupphandling har gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har genom Avtalet direktupphandlat konsulttjänst i form av konsulterande enhetschef inom vård och omsorg. Avtalets värde var sådant att gränsen för när direktupphandling till följd av kontraktets värde är tillåtet var överskriden. Kommunen har dock gjort gällande att det förelegat synnerliga skäl att direktupphandla aktuellt Avtal. Kommunen har till stöd för detta i huvudsak anfört att rekryteringsprocessen bedömdes vara tidskrävande och svår att genomföra under sommaren 2013.

Möjligheten att använda direktupphandling vid synnerliga skäl är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering ger alltså inte rätt till direktupphandling. Exempel som ofta nämns är tidsbrist som inte orsakats av den upphandlande myndigheten själv, eller då den upphandlande myndigheten bereds tillfälle att göra ett riktigt förmånligt köp vid t.ex. en auktion. Synnerliga skäl föreligger också vid köp av vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster, när fråga är om sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- och omsorgstagare skulle störas (se Ulfsson Forssell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 15 kap. 3 §, Lexino 2014-01-01).

Kommunen har sedan år 2011 anlitat Teambo för inköp av enhetschefs-tjänster, och så har skett vid upprepade tillfällen. Behovet att anlita konsulter för bemanning har därmed funnits under relativt lång tid. Det kan mot denna bakgrund inte anses att det behov som uppstod under våren 2013, när Avtalet ingicks, var en händelse som kommunen inte kunnat förutse och råda över. Förvaltningsrätten instämmer därför i Konkurrensverkets bedömning att Avtalet inte kunde direktupphandlas på grund av synnerliga skäl. Förutsättningar för att besluta att kommunen ska betala en upphandlingskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3. LOU föreligger därför.

Då förvaltningsrätten nu kommit fram till att det finns förutsättningar att besluta om upphandlingskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3. LOU, ska prövas hur stor avgiften ska vara. Kommunen har uppgett att man accepterar den yrkade avgiften om 65 000 kr om förvaltningsrätten anser att kommunen inte haft synnerliga skäl att direktupphandla i något av de fall där kommunen anfört sådana skäl. Något medgivande från kommunens sida av yrkad avgift som kan ligga till grund för förvaltningsrättens prövning kan mot bakgrund av hur kommunen utformat sin talan inte anses finnas. Huruvida det funnits synnerliga skäl för direktupphandling av andra avtal än Avtalet är nämligen inte relevant att pröva i målet.

Upphandlingskadeavgiften, som ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000, får inte överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Kontraktsvärdet ska enligt 15 kap. 3 a § beräknas utifrån direktupphandlingar av samma slag som gjorts av myndigheten under räkenskapsåret.

I kontraktsvärdet har Konkurrensverket medräknat avtalsvärden för inköp under 2013 av samma slags tjänster (konsulterande enhetschefer inom socialförvaltningen) som Avtalet avsåg, och inkluderar faktiska konsultarvoden samt konsulternas logi och resor. Det kan här konstateras att kommunen inte framfört någon invändning mot hur Konkurrensverket beräknat

det totala kontraktsvärdet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att frånga den beräkning av det totala kontraktsvärdet som Konkurrensverket gjort. Kontraktsvärdet uppgår således, i enlighet med vad Konkurrensverket beräknat, till 1 671 596 kr.

Det i målet aktuella Avtalet har ingåtts efter en otillåten direktupphandling. Detta anses vara en av de allvarligaste överträdelsena inom upphandlingsområdet vilken, enligt uttalande i förarbetena, bör leda till att sanktionsvärdet ofta kan anses vara högt. Det kan inte anses vara fråga om ett sådant ringa fall där avgift inte ska beslutas.

Upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. I många fall har förvaltningsdomstolar beslutat om avgifter vid otillåtna direktupphandlingar som motsvarar ca 7-8 procent av avtalets värde. Av lagtext eller förarbeten kan dock inte utläsas att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Beloppsbegränsningen i 17 kap. 4 § LOU måste innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 30 oktober 2014 i mål nr 7021-13).

Avtalet som är aktuellt i detta mål har alltså ingåtts efter en otillåten direktupphandling, vilket är en allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Samtidigt kan konstateras att avtalstiden varit förhållandevis kort. Avtalets värde var också relativt lågt. Även med beaktande av de i viss mån förmildrande omständigheter som nu nämnts, bedöms dock den av Konkurrensverket yrkade avgiften vara proportionerlig och väl avvägd för att även tillgodose syftet att vara avskräckande. Synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte framkommit. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1D)



Annette Spjuth

Föredragande har varit Johanna Larsdotter.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

