

Förvaltningsrätten i Jönköping
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Värnamo kommun, 331 83 Värnamo

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 Värnamo kommun ska betala 260 000 (tvåhundrasextiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Värnamo kommun har den 28 november 2023 ingått avtal med Liljevall Ansell AB om konsulttjänster utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU¹. Det saknades förutsättningar att ingå avtalet utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. I juni 2021 annonserade Värnamo kommun (kommunen) en upphandling av konsulttjänster avseende ett projekt om utvecklingsarbete inom omsorgsförvaltningen, inbegripande äldre- och funktionshinderomsorg samt hemtjänst, bilaga 1. Av annonsen framgår att kommunen behöver stöd i ett omfattande utvecklingsarbete och att – för att utveckla en hållbar planering och en effektivare fördelning av resurser – handledning och nära stöd behövs för chefer och medarbetare. Vidare anges att det aktuella uppdraget gäller utvecklingsprocesser och handledning som syftar till att ge en god brukarkvalitet, god arbetsmiljö och en god ekonomisk hushållning. Detta kräver ett långsiktigt arbete genom stöd och handledning till chefer på olika nivåer, både enskild och i grupp. Uppdraget beräknas vara ett år.
3. Sex anbudsgivare lämnade anbud, varav fem kvalificerade sig. Liljevall Ansell AB (Leverantören) tilldelades kontraktet, bilaga 2 (Grundavtalet). Enligt avtalet skulle projektet genomföras mellan den 7 februari 2022 och den 6 februari 2023.² Någon möjlighet till förlängning finns inte enligt Grundavtalet.
4. Efter att Grundavtalet löpt ut fortsatte kommunen att köpa konsulttjänster från Leverantören utan att något nytt annonserat förfarande genomförts. Tjänsterna avsåg fortsatt genomförande av samma projekt som tidigare. Något skriftligt avtal ingicks aldrig mellan kommunen och Leverantören avseende dessa anskaffningar.
5. Leverantören har månadsvis tillställt fakturor till kommunen för de fortsatta tjänsterna i det aktuella projektet, bilaga 3. Den 28 november 2023 slutfakturerades kommunen för projektet, bilaga 4 (Avtalet). I samband med detta redovisade Leverantören resultatet av projektet i en slutrapport. Utöver fakturorna saknas dokumentation över genomförandet av de fortsatta inköpen.
6. Det är Avtalet som ligger till grund för denna ansökan.

¹ Av övergångsbestämmelserna i lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2024, framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Upphandlingen av det aktuella avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. LOU i sin tidigare lydelse är således tillämplig.

² Punkt 2.2 i bilaga 2.

Vad den upphandlande myndigheten har uppgett

7. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen anfört att anskaffningen i fråga omfattas av undantaget för tekniska skäl i 6 kap. 14 § första stycket 2 och andra stycket LOU. Till stöd för detta anför kommunen i huvudsak följande.
8. Det skulle vara svårt för en annan leverantör att ta över och slutföra projektet efter februari med planerat avslut i december 2023. Det är vanligt att projekt, särskilt inom specialiserade områden, är utformade med en viss metodik som kräver specifik kunskap och expertis. Då projektet har använt en specifik (helhets)metodik eller arbetsprocess som inte är lätt att överföra, kan en ny leverantör ha svårt att anpassa sig och behålla samma kvalitet och effektivitet. Det är svårt att upprätthålla kontinuitet och överföra specifik kunskap från den nuvarande leverantören till en ny, särskilt när kunskapen är personbunden och erfarenhetsbaserad. Det finns även brist på dokumentation och/eller överföringsmekanismer.
9. Då projektet hade en tidspressad tidslinje och skulle slutföras i december 2023, skulle det vara opraktiskt för en ny leverantör att ta över och komma upp i hastighet inom den tidsramen. Denna information kan vara viktig för att förklara varför en förlängning med Leverantören var det mest praktiska alternativet och kan också ge inblick i de metodologiska aspekterna som är unika för projektet.
10. Ett annat företag skulle få svårt att leverera i uppdraget fullt ut. Förvaltningen hade således varit tvungen att upphandla flera olika utförare med separata och specifika kunskaper inom olika områden.
11. Konkurrensverket har under utredningen skickat en sammanfattande skrivelse till kommunen med verkets bedömning om att Avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Kommunen, som har inkommit med svar på denna skrivelse, hade – utöver anmärkningar på några mindre sakfel – inga synpunkter på skrivelsen.

Avtalet mellan kommunen och Leverantören utgör en otillåten direktupphandling

Avtalets karaktär och värde

12. Av fakturaunderlagen följer att Leverantören har utfört konsulttjänster för kommunens räkning, som kommunen erlagt ersättning för. Det föreligger således ett avtalsförhållande mellan parterna där prestation skett mot vederlag.



13. Konkurrensverket bedömer att Avtalet utgör ett tjänstekontrakt enligt 1 kap. 21 § LOU.³
14. Enligt huvudregeln ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud. Under 2023 uppgick tröskelvärdet för upphandlingar som avser tjänster till 2 236 731 kronor.
15. Av 5 kap. 3 § LOU följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet på options- och förlängningsklausuler ska inbegripas som om de utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.
16. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet (5 kap. 5 § LOU). Enligt 5 kap. 6 § LOU får metoden för att uppskatta en upphandlings värde inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.
17. Leverantörens utvecklingsarbete inom kommunens omsorgsförvaltning har genomförts i två faser. Arbetet som skedde inom ramen för den första fasen, och som genomfördes mellan den 7 februari 2022 och den 6 februari 2023, har upphandlats genom ett annonserat förfarande (Grundavtalet). Arbetet som skedde inom ramen för den andra fasen, och som genomfördes mellan den 7 februari 2023 och den 28 november 2023, har däremot direktupphandlats.
18. Eftersom de direktupphandlade tjänsterna avser samma tekniska och ekonomiska funktion (uppdraget att bistå kommunen med utvecklingsarbete inom omsorgsförvaltningen enligt ovan), ska allt arbete som Leverantören utfört avseende utvecklingsarbetet ses som en upphandling vid bedömningen av upphandlingens värde i enlighet med bestämmelserna i 5 kap. LOU. De samlade beställningarna, både de som anskaffats genom ett annonserat förfarande och genom direktupphandling, ska således räknas samman vid bedömningen av upphandlingens värde.
19. Av kommunens annons om upphandling (bilaga 1) framgår att den ursprungliga upphandlingen uppskattades till 2 500 000 kronor. Enligt Grundavtalet uppgår dock Leverantörens arvode till 2 800 000 kronor (bilaga 2).⁴ Av utredningen framgår att kommunen inte hade uppskattat något värde för den anskaffning som gjordes efter det att Grundavtalet hade löpt ut.

³ Kommunen har i den tidigare annonsen i bilaga 1 angett att CPV-koderna 79410000 (Företags- och organisationsrådgivning) och 79411100 (Konsulttjänster för företagsutveckling [tilläggskod]) varit tillämpliga.

⁴ Punkt 5.0.



Däremot framgår att det totala belopp som kommunen erlagt till Leverantören för arbetet med utvecklingsarbete uppgår till 6 087 500 kronor exklusive mervärdesskatt.⁵ Upphandlingens värde ska därför fastställas till detta belopp.⁶

20. Avtalet, som har ingåtts utan föregående konkurrensutsättning, borde således ha annonserats i enlighet med 10 kap. 1 § LOU, såvida något undantag inte har varit tillämpligt.

Undantag från annonsering

21. För att Avtalet ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU varit tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt.⁷
22. Som nämnts ovan har kommunen gjort gällande att undantaget för tekniska skäl varit tillämpligt och att det därför funnits förutsättningar att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Tekniska skäl

23. Av 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU, som genomför art. 32.2 b (ii) i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet), följer att en upphandlande myndighet får tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör, eftersom det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Som en förutsättning för ett sådant förfarande ska det, enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU, inte finnas något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens får inte bero på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.
24. För att undantaget för tekniska skäl ska kunna tillämpas krävs i första hand att två kumulativa villkor är uppfyllda. Det krävs att de arbeten som är föremål för upphandlingen är av teknisk karaktär, och att det med anledning av upphandlingens tekniska karaktär är absolut nödvändigt att tilldela ett

⁵ Beräkningen har skett enligt följande. Enligt fakturorna i bilaga 3 har kommunen köpt tjänster till ett belopp som uppgår till 3 087 500 kronor (exklusive mervärdesskatt). Konkurrensverket har beaktat kommunens uppgift om att fakturan från februari 2023 till 75 % avser direktupphandlade tjänster. Slutfakturan i bilaga 4 (som avser upprättande av slutrapporten) uppgår till 200 000 kronor (exklusive mervärdesskatt). Upphandlingens värde ska därför fastställas till (2 800 000 [Grundavtalet] + 3 087 500 [bilaga 3] + 200 000 [bilaga 4]) = 6 087 500 kronor.

⁶ 5 kap. 6 § LOU. Jfr mål C-574/10 *Kommissionen mot Tyskland*, där EU-domstolen gjorde en analogisk tolkning av begreppet "ett enda arbete", vilket i sin tur bedömts i mål C-16/98 *Kommissionen mot Frankrike* avseende förutsättningar för att vid tröskelvärdesberäkningen lägga samman värdet av olika bygg- och anläggningskontrakt som anses vara del av ett enda arbete. Tolkningen i *Kommissionen mot Tyskland* (som gjordes i syfte att beräkna värdet av flera avtal om arkitekttjänster) innebär att tjänster som har en enhetlig karaktär och uppfyller en ekonomisk och teknisk funktion ska läggas samman vid beräkningen av upphandlingens värde.

⁷ Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, p. 14; de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 58; mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 19; mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 33; och mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 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. Se även HFD 2019 ref. 65 och HFD 2017 ref 66.



visst företag kontraktet.⁸ Det kan vara fråga om att det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå, eller att det krävs specifik kunskap eller verktyg som endast en leverantör har. Det kan också röra sig om särskilda driftskompatibilitetskrav som måste uppfyllas för att det som upphandlas ska fungera.⁹

25. Av skäl 50 i LOU-direktivet framgår bland annat att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående annonsering endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Om den exklusiva situationen har uppstått av tekniska skäl bör de definieras och motiveras ytterst noggrant från fall till fall. Upphandlande myndigheter som återoppar undantaget bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar, såsom att använda alternativa distributionskanaler, inklusive utanför den medlemsstat där den upphandlande myndigheten finns, eller överväga till sin funktion jämförbara byggtreprenader, varor och tjänster.
26. Det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i en undantagsbestämmelse är uppfyllda.¹⁰ Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste kunna presentera bevis för att berättiga tillämpningen av undantaget.¹¹ Generella uttalanden är inte tillräckliga, utan det krävs utförliga förklaringar för att uppfylla bevisbördan.¹²
27. Eftersom ett av syftena med upphandlingslagstiftningen är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens, krävs att det saknas alternativa leverantörer på denna marknad. En betydande undersökning av marknaden bör genomföras på i vart fall EU-nivå.¹³

Konkurrensverkets bedömning

28. För att undantaget för tekniska skäl ska vara tillämpligt ligger det i sakens natur att det måste röra sig om något som är tillräckligt tekniskt komplicerat för att det av tekniska skäl inte ska finnas någon konkurrens.¹⁴

⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 34–39.

⁹ Se skäl 50 till LOU-direktivet.

¹⁰ Mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, p. 14.

¹¹ Se bl.a. mål C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 13; mål C-328/92 *Kommissionen mot Spanien*, p. 16; och mål C-57/94 *Kommissionen mot Italien*, p. 23. Jfr även p. 64 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*.

¹² Mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 21–22. Italien hade återoppat tekniska skäl och innehållit i ett utlåtande från myndigheten för bygg- och anläggningsarbeten om att arbetena i fråga var komplicerade och vanskliga. EU-domstolen fann dock inte att detta visade att arbetet uteslutande kunde anförtros endast en leverantör.

¹³ Se mål C-275/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 63.

¹⁴ Jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5426-12 där kammarrätten, inom ramen för sin bedömning av om det förelåg tekniska skäl, tog hänsyn till att det relevanta avtalsföremålet inte föreföll särskilt tekniskt komplicerat.



29. De aktuella konsulttjänsterna är inte av en sådan teknisk karaktär. Kommunen har enbart i svepande ordalag beskrivit att Leverantören använder sig av "en specifik metodik eller arbetsprocess som kräver viss kunskap". Kommunen har inte beskrivit detta närmare och har därmed inte visat att genomförandet av projektet krävt sådan kunskap eller specifika verktyg som endast Leverantören har. Kommunen har inte visat att det skulle varit tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå erforderlig fullgörandenivå.
30. Det kan för övrigt konstateras att sex anbudsgivare lämnade anbud i den ursprungliga upphandlingen av projektet i fråga (varav fem kvalificerade sig). Den aktuella marknaden saknar således inte konkurrens.
31. Det är mycket sannolikt att dessa leverantörer, självständigt eller i samverkan, skulle kunna ha utfört det aktuella uppdraget.¹⁵ Av EU-rättspraxis följer dessutom att upphandlande myndigheter inte får förbjuda användning av underleverantörer.¹⁶ Till detta kommer att LOU inte tillåter upphandlande myndigheter att – utifrån egna bedömningar om 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.¹⁷
32. Den omständigheten att det skulle vara svårt och opraktiskt för en ny leverantör att ta över genomförandet av projektet eftersom det bland annat förelegat brist på dokumentation och så kallade överföringsmekanismer medför inte någon annan bedömning.¹⁸
33. Kommunen har inte heller motiverat varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar. Att Kommunen haft ont om tid för att genomföra projektet innebär inte att det saknats rimliga alternativ.
34. Enligt den annonserade upphandlingens förutsättningar och Grundavtalet hade kommunen avsatt ett år för genomförande av projektet, dock utan option om förlängning. Det ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.¹⁹ Det åligger upphandlande myndigheter att

¹⁵ Jfr bestämmelsen i 14 kap. 6 § LOU avseende återopande av andra företags kapacitet. Detta innebär att även om en leverantör inte självständigt har kapacitet att utföra ett visst uppdrag måste en upphandlande myndighet beakta att denne i samverkan med andra leverantörer kan ha sådan kapacitet, jfr prop. 2009/10:180 s. 95, 296 f och 348 samt prop. 2015/16:195 s. 754 ff.

¹⁶ Jfr EU-domstolens mål C-314/01 *Siemens*, p. 42–43 och mål C-176/98 *Holst Italia*, p. 26–27.

¹⁷ Jfr 4 kap. 2 § och 6 kap. 14 § andra stycket LOU.

¹⁸ Grundavtalet (bilaga 2 till denna ansökan) innehåller för övrigt möjlighet för kommunen att kostnadsfritt begära statistikuppgifter över inköpta tjänster och därigenom skaffa sig en närmare uppfattning om bland annat vad som utförts inom ramen för uppdraget (p. 8.0). Se även punkt 26 och fotnot 12 ovan om att generella uttalanden om att något är vanskligt inte räcker som motivering för tillämpning av undantaget i fråga.

¹⁹ HFD 2017 ref. 66.

organisera och planera sina upphandlingar på ett sådant sätt att upphandlingslagstiftningen kan följas.

35. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att förutsättningarna för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte har varit uppfyllda. Kommunen var skyldig att annonsera enligt 10 kap. 1 § LOU. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

36. 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 och 2 § LOU). Det krävs inte att den upphandlande myndigheten har 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.²⁰
37. 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.²¹

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

38. 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. LOU (21 kap. 4 § LOU).
39. Konkurrensverket har bedömt att värdet av upphandlingen uppgår till 6 087 500 kronor exklusive mervärdesskatt (se punkt 17–19 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför bestämmas till som lägst 10 000 kronor och som högst 608 750 kronor ($6\,087\,500 \times 0,1$).
40. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.²² I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
41. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.²³ Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att

²⁰ Prop. 2009/10:180 s. 193 och 368.

²¹ Prop. 2009/10:180 s. 196 f.

²² HFD 2014 ref. 69.

²³ HFD 2014 ref. 49.

myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.²⁴

42. 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. 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.²⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.²⁶
43. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken försvårande eller förmildrande.
44. Konkurrensverket har vid bedömningen av sanktionsavgiften därutöver noterat att en del av upphandlingens värde är hänförlig till en annonserad upphandling.
45. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 260 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Anna Görgård
Processråd

²⁴ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.

²⁵ Prop. 2009/10:180 s. 197 f och 369 f.

²⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Bifogas

Bilaga 1 – Meddelande om upphandling av uppdraget/projektet

Bilaga 2 – Grundavtalet

Bilaga 3 – Fakturor avseende direktupphandlade tjänster under perioden februari–oktober 2023

Bilaga 4 – Avtalet