

Förvaltningsrätten i Malmö
forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Ystads kommun, Nya Rådhuset, Österportstorg 2, 271 80 Ystad

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan den 1 januari 2024 (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Ystads kommun ska betala 180 000 (etthundraåttio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Ystads kommun har den 26 oktober 2023 ingått avtal om marknadsförings-tjänster (Avtalet) med Sting Reklambyrå AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. Den 1 oktober 2018 ingick kommunen ett avtal om marknadsföringstjänster med Leverantören. Det avtalet upphörde att gälla den 31 december 2022.
3. Kommunen fortsatte att direktupphandla marknadsföringstjänster från Leverantören efter att avtalet hade upphört. Leverantören utförde och fakturerade regelbundet kommunen för sådana tjänster under 2023 (Bilaga 1).
4. Den 28 mars 2023 hade kommunen och Leverantören ett möte om marknadsföringsåtgärder. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen påstått att parterna vid mötet ingick ett muntligt avtal om allt marknadsföringsarbete som skulle genomföras under året.
5. Konkurrensverket anser inte att kommunen har visat att parterna ingick ett sådant muntligt avtal vid mötet. Kommunens mötesanteckningar (Bilaga 2) nämner bara *förslag* på marknadsföringsåtgärder. Det saknas underlag som visar och konkretiserar det påstådda avtalets omfattning, värde eller villkor.
6. Kommunen har inte heller gjort gällande eller visat att parterna ingick ett avtal om hela årets marknadsföring vid någon tidpunkt efter mötet.
7. Den 26 oktober 2023 fakturerade Leverantören kommunen för marknadsföringstjänster (Bilaga 3). Konkurrensverkets ansökan grundar sig på det avtal som ligger till grund för den fakturan. Det saknas underlag som visar när parterna kom överens om att tjänsterna skulle utföras. Konkurrensverket utgår därför från att Avtalet ingicks samma dag som fakturan ställdes ut.
8. Konkurrensverket bedömer att värdet på upphandlingen av Avtalet översteg tröskelvärdet för annonseringskravet i LOU. Kommunen har inte åberopat eller visat att något undantag från annonseringskravet fick användas. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling och ska betala en upphandlingsskadeavgift. Detta utvecklas i de kommande avsnitten.
9. Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift i enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (21 kap. 2 § LOU).



Kommunens inställning under utredningen

10. Kommunen har huvudsakligen anfört följande under utredningen.
11. Efter att kommunens avtal med Leverantören upphörde i slutet av 2022 inleddes ett internt arbete med att ta fram ett dynamiskt inköpssystem. Arbetet kom dock att påverkas av att kommunikationsavdelningen drabbades av hög arbetsbelastning. Kommunen fortsatte då att anskaffa tjänster från Leverantören trots att avtalet hade upphört.
12. Något undantag från annonseringsskyldigheten enligt LOU har inte varit tillämpligt vid anskaffningen och en annonserad upphandling borde ha genomförts. Anledning att så inte skett är bristande avtalsuppföljning och samordning av gemensamma inköp.
13. Kommunen har i stort sett inga synpunkter på Konkurrensverkets bedömning av omständigheterna och kommunens överträdelse.
14. Kommunen vill dock föra fram vad den anser vara en förmildrande omständighet. Den enhet hos kommunen som är ansvarig för avtal avseende de aktuella tjänsterna var hårt belastade utifrån det akuta och omfattande behovet av att arbeta med kommunikation och krisinformation som uppstod till följd av Rysslands anfallskrig mot Ukraina. I detta ska även beaktas kommunens i sammanhanget geografiskt utsatta läge och strategiska position i Östersjön, samt det faktum att en betydande flyktingström passerade genom kommunen, vilket gjorde att kommunens krisledningsfunktion varit aktiverad och att avdelningschefen för kommunikationsavdelningen ingår i den centrala krisledningsstaben.
15. Planerade upphandlingar fick läggas åt sidan och i det uppstod tyvärr otillåtna direktupphandlingar. Kommunen har gjort vad den kunnat för att komma tillrätta med detta, exempelvis genom att förstärka den aktuella avdelningen och snabbt arbeta för att få ett alternativt sätt att göra dessa upphandlingar som gör att risken för att ett liknande fel uppstår har hanterats.
16. Med anförande av ovan anser kommunen i första hand att avgiften ska efterges och i andra hand att avgiftsbeloppet ska sänkas väsentligt eftersom det i sammanhanget framstår som oskäligt.
17. En del av tjänsterna som Leverantören har utfört utgör också särskilda tjänster enligt bilaga 2 till LOU. Detta är en förmildrande omständighet eftersom det försvårade samordningsmöjligheterna vid beställning.



Kommunen har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

18. Upphandlingen avser ett tjänstekontrakt (1 kap. 21 § LOU).
19. En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen (5 kap. 3 § LOU).
20. Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse tidpunkten när anbudsfordran skickas ut eller, om sådan inte krävs, tidpunkten när den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingen (5 kap. 5 § LOU).
21. Värdet av ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, alternativt det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen (5 kap. 11 § LOU).
22. Kommunen upphandlade regelbundet kontrakt om marknadsföringstjänster såsom annonsering, reklam, grafisk formgivning och tryck under tolv månadersperioden som föregick Avtalet. Detta framgår av kommunens fakturasammanställning (Bilaga 1). Tjänsterna utfördes av en och samma leverantör och hade kunnat ingå i en och samma upphandling som attraherade samma typer av leverantörer. Kontrakten var alltså liknande och regelbundet återkommande. Värdet på upphandlingen av Avtalet ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av kontrakten.
23. Värdet av de kontrakt om marknadsföringstjänster som kommunen ingick under tolv månadersperioden som föregick Avtalet var 2 193 377 kronor exklusive mervärdesskatt (Bilaga 1). Konkurrensverket anser att det värdet ska läggas till grund för upphandlingens värde i detta fall.
24. Upphandlingens värde var därmed 2 193 377 kronor.

Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

25. Upphandlingens värde understeg tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling (5 kap. 1 § LOU) men översteg direktupphandlingsgränsen (19 a kap. 2 § LOU).¹ Upphandlingen skulle därför ha annonserats enligt 19 kap. LOU om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (19 kap. 6 § LOU).

¹ Tröskelvärdet för tjänstekontrakt var 2 236 731 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.



26. Kommunen har bevisbördan för att Avtalet fick direktupphandlas med stöd av något undantag från annonseringskravet.² Kommunen har inte återoppat något undantag och har inte visat att något undantag var tillämpligt. Det har inte heller framkommit något i övrigt under utredningen till stöd för att ett undantag varit tillämpligt.
27. Kommunen har alltså direktupphandlat Avtalet trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Avtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

28. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).
29. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.³ Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁴
30. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.⁵ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.⁶
31. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU (21 kap. 4 § LOU).
32. Avgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.⁷ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.⁸ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁹ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).

² Se t.ex. HFD 2017 ref. 66 och HFD 2019 ref. 65.

³ Se skäl 13 och artikel 2e.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) samt prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 49.

⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och prop. 2023/24:3 s. 45.

⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt prop. 2023/24:3 s. 36.

⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 69.

⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt prop. 2023/24:3 s. 50.

⁹ Se HFD 2014 ref. 69 och prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.



33. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.¹⁰ Både försvårande och förmildrande omständigheter ska beaktas. Det bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör till exempel påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Sanktionsvärdet kan anses vara högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör också beaktas. Upprepade otillåtna direktupphandlingar bör till exempel ses som försvårande. Om den upphandlande myndigheten har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan det i vissa fall ses som förmildrande.
34. Värdet på upphandlingen av Avtalet var 2 193 377 kronor. Avgiften kan därför bestämmas till högst 219 337 kronor.
35. En otillåten direktupphandling är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.¹¹ Sanktionsvärdet för kommunens överträdelse är därför som utgångspunkt högt.¹²
36. Kommunen har tidigare dömts att betala en upphandlingsskadeavgift på grund av en otillåten direktupphandling.¹³ Det är en försvårande omständighet som höjer den aktuella överträdelsens sanktionsvärde.
37. Konkurrensverket anser inte att det finns några förmildrande omständigheter som sänker överträdelsens sanktionsvärde. När det gäller de omständigheter som kommunen har åberopat noterar Konkurrensverket följande.
38. Konkurrensverket ifrågasätter inte att kommunen behövde arbeta med information till följd av Rysslands anfallskrig mot Ukraina och att detta påverkade kommunens kommunikationsavdelning. Kriget inleddes dock i februari 2022, cirka ett och ett halvt år innan Avtalet ingicks. Under den tiden måste kommunen haft tid att anpassa sin verksamhet för att kunna upphandla de aktuella tjänsterna på rätt sätt. Det är också oklart på vilket sätt möjligheterna att annonsera en upphandling skulle ha hindrats av att kommunikationsavdelningens avdelningschef ingick i kommunens krisledningsstab (se punkt 14). Kommunen har alltså inte visat att det fanns några faktiska hinder mot att följa annonseringskravet i detta fall.

¹⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.

¹¹ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/667/EG), prop. 2009/10:180 s. 197 och prop. 2023/24:3 s. 52 f.

¹² Se prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även 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.

¹³ Se Förvaltningsrätten i Malmös dom den 1 april 2022 i mål nr 1114-21.

39. Det är vidare oklart hur kommunens samordningsmöjligheter försvårades av hur vissa av Leverantörens tjänster kategoriseras enligt LOU (se punkt 17). Kommunen hade dessutom, oavsett om det funnits svårigheter, ett strikt ansvar att följa annonseringskravet. Kommunens eventuella svårigheter att samordna sina inköp är därför inte en förmildrande omständighet.
40. En upphandlingsskadeavgift får efterges om det finns synnerliga skäl (20 kap. 5 § LOU). Av förarbetena framgår att undantaget är avsett för situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en avgift samt att bestämmelsen bara ska tillämpas i rena undantagsfall.¹⁴ Utrymmet att besluta om eftergift är alltså ytterst begränsat.
41. Kommunens överträdelse avsåg upphandling av marknadsföringstjänster. Tjänsterna var inte kritiska för kommunen och det var inte absolut nödvändigt att upphandla dem. Omständigheterna ger inte heller i övrigt stöd för att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en avgift. Det finns alltså inte synnerliga skäl att efterge avgiften.
42. Kommunens överträdelse är inte heller ett ringa fall.
43. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en avgift på 180 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 198.

Bilagor

Bilaga 1 Fakturasammanställning

Bilaga 2 Mötesanteckningar

Bilaga 3 Faktura