

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Värnamo kommun

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Värnamo kommun ska betala 260 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 lagen LOU, i dess lydelse före den 1 januari 2024, ska besluta att Värnamo kommun ska betala 260 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

VAD PARTERNA BLAND ANNAT FÖR FRAMKonkurrensverket

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

Leverantören hade sedan tidigare tilldelats kontakt efter en genomförd upphandling av konsulttjänster avseende ett projekt om utvecklingsarbete inom omsorgsförvaltningen, inbegripande äldre- och funktionshinderomsorg samt hemtjänst. Uppdraget beräknades vara ett år och skulle genomföras mellan den 7 februari 2022 och den 6 februari 2023. Enligt Grundavtalet fanns det inte någon möjlighet till förlängning. Efter att Grundavtalet löpte ut fortsatte dock kommunen att köpa konsulttjänster från leverantören. Detta utan att något nytt annonserat förfarande hade genomförts. Tjänsterna avsåg fortsatt genomförande av samma projekt som tidigare.

Kommunen har under utredningen anfört att de aktuella konsulttjänsterna omfattas av undantaget för tekniska skäl i 6 kap. 14 § första stycket 2 och andra stycket LOU.

För att undantaget för tekniska skäl ska vara tillämpligt måste det dock röra sig om något som är tillräckligt tekniskt komplicerat för att det av tekniska skäl inte ska finnas någon konkurrens. Konkurrensverket anser inte att anskaffningen i fråga är av en sådan teknisk karaktär att det av kommunen åberopade undantaget kan bli aktuellt. Kommunen har enbart i svepande ordalag beskrivit att leverantören använder sig av ”en specifik metodik eller arbetsprocess som kräver viss kunskap”. Kommunen har därför inte visat att genomförandet av projektet har 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.

För övrigt konstateras att sex anbudsgivare lämnade anbud i den ursprungliga upphandlingen, varav fem kvalificerade sig. Den aktuella marknaden saknar därmed inte konkurrens. Det är mycket sannolikt att dessa leverantörer, självständigt eller i samverkan, skulle ha kunnat utföra det aktuella uppdraget. Det totala belopp som kommunen har erlagt till leverantören för arbetet med

utvecklingsarbete, dvs. upphandlingens värde, uppgår till 6 087 500 kr. Av det beloppet har endast 2 800 000 kr konkurrensutsatts.

Kommunen har förelagts att yttra sig över Konkurrensverkets ansökan, men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler m.m.

Den 1 januari 2024 trädde nya bestämmelser i 21 kap. LOU i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock de äldre bestämmelserna fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det datumet.

En upphandlande myndighet ska enligt 10 kap. 1 § LOU genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 10 kap. 2 § LOU, en förhandsannons. Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ LOU.

Av 6 kap. 14 § första stycket 2 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens. Enligt bestämmelsens andra stycke får ett sådant förfarande användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3

§, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 § (21 kap. 1 § 3 LOU). Denna avgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU. 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. 4-5 §§ LOU).

Av förarbetena framgår att det inte krävs 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. En upphandlingsavgift 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 (prop. 2009/10:180 s. 193, 196 f. och 368).

Förvaltningsrättens bedömning

Konkurrensverket har ansökt om att kommunen ska förpliktas att betala en upphandlingsskadeavgift på grund av den otillåtna direktupphandlingen. Av utredningen framgår att kommunens uppfattning förefaller vara att de aktuella konsulttjänsterna för vilka man träffat avtal med leverantören om, omfattas av undantaget för tekniska skäl i 6 kap. 14 § första stycket 2 och andra stycket LOU.

Enligt EU-domstolens praxis ska undantaget för tekniska skäl tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas. Den upphandlande myndigheten måste inte endast visa att det finns tekniska skäl, utan även att de tekniska skälen gör det absolut nödvändigt att kontraktet tilldelas ett visst företag (se bl.a. EU-domstolen i mål C-57/94 Kommissionen mot Italien).

I enlighet med Konkurrensverkets uppfattning anser även förvaltningsrätten att kommunen, genom att ha ingått avtal med leverantören om konsulttjänster utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU, har genomfört en otillåten direktupphandling. Mot bakgrund av vad som framkommer i utredningen har kommunen inte visat att det på grund av tekniska skäl har funnits förutsättningar att underlåta annonsering av upphandlingen. Avtalet borde därför ha upphandlats i konkurrens. Det finns därför grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Det leder till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Ju allvarligare en överträdelse 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. Utrymmet för att bedöma en överträdelse som ringa, är ytterst begränsat. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 197 ff. samt s. 369 f.)

Förvaltningsrätten anser inte att det är fråga om ett ringa fall, eller att det har kommit fram synnerliga skäl för att efterge avgiften. Det saknas omständigheter som motiverar en lägre avgift än den som Konkurrensverket har ansökt om. Förvaltningsrätten finner därför att en avgift om 260 000 kr anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som även står i proportion till överträdelsens allvar.

Konkurrensverkets ansökan ska därmed vinna bifall och kommunen ska förpliktas att betala en upphandlingsskadeavgift om 260 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Eleonora Dufva

Tf. rådmannen Eleonora Dufva har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.