

Förvaltningsrätten i Falun  
Box 45  
791 21 Falun

## **Ansökan om upphandlingsskadeavgift**

### **Sökande**

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

### **Motpart**

Hedemora kommun, Box 201, 776 28 Hedemora

### **Saken**

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

---

### **Yrkande**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) beslutar att Hedemora kommun (Kommunen) ska betala 230 000 (tvåhundra-trettio-tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

## Grunder

1. Kommunen har den 29 december 2019 ingått ett avtal med Bonliva AB (Bonliva) om socionomtjänster utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU (Avtalet), se [bilaga 1](#). Det saknades förutsättningar att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

## Bakgrund och omständigheter

2. Under sommaren 2019 saknade Kommunen behörig personal på barn- och ungdomsenheten vid kommunens omsorgsförvaltning. För att lösa situationen direktupphandlade Kommunen konsulter från Bonliva och Agila Social Care AB. Kommunen har under räkenskapsåret 2019 genomfört nio direktupphandlingar av socionomkonsulttjänster, se [bilaga 2](#).
3. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning anfört bland annat följande. Direktupphandlingarna har skett till barn- och ungdomsenheten som hör till individ- och familjeomsorgen. Det är en samhällsviktig verksamhet som inte medger brist på personal. Kommunen har haft behov av kompetens och förstärkning på grund av stort antal orosanmälningar, kvalitetsbrister, stor personalrörlighet, frånvaro bland ordinarie personal samt ett högt tryck på inkommande ärenden. Behov av konsulter har funnits under hela 2019. Det har varit svårt att rekrytera behörig personal. Under denna tid var även förvaltningsledningen med tillhörande chefer tillförordnade vilket inte möjliggjorde överblick. Sveriges Kommuner och Regioner gav under sommaren 2019 ut riktlinjer om obehöriga socionomer i socialtjänstens verksamhet.
4. Kommunen har vidare uppgett att en annonserad upphandling av socionomkonsulttjänster påbörjades i december 2019. Upphandlingen annonserades den 10 december 2019. När kommunens sista direktupphandling genomfördes den 29 december 2019 hade kommunen därmed påbörjat ett annonserat upphandlingsförfarande. Direktupphandlingen som genomfördes den 29 december 2019 borde därför inte föranleda någon upphandlingsskadeavgift. Det har inte funnits något uppsåt från kommunens sida att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling.

## **Avtalet den 29 december 2019 med Bonliva utgör en otillåten direktupphandling**

5. Enligt Konkurrensverkets bedömning utgör avtalet ett tjänstekontrakt som omfattas av bilaga 2 a till LOU (en så kallad välfärdstjänst). För upphandlingar av sådana särskilda välfärdstjänster i bilaga 2 a, som understiger ett särskilt tröskelvärde, gäller endast vissa bestämmelser i LOU, nämligen 19 kap. 35–39 §§. Om upphandlingen har ett bestämt

gränsöverskridande intresse, ska även 4 kap. 1 § tillämpas. (19 kap. 1 § andra stycket LOU.)

6. Enligt bestämmelserna ska annonsering ske i en allmänt tillgänglig databas om inköp sker av tjänster som omfattas av bilaga 2 a till ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger gällande tröskelvärde för dessa tjänster (19 kap. 36 § LOU). Detta gäller dock inte om värdet av upphandlingen beräknas understiga 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för sådana tjänster som anges i bilaga 2 a, förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda, eller det finns synnerliga skäl.
7. För 2019 var tröskelvärdet för välfärdstjänster 7 113 450 kronor och direktupphandlingsgränsen 28 procent av tröskelvärdet, det vill säga 1 991 766 kronor.
8. För att få ingå ett avtal som överstiger tillämpligt tröskelvärde utan föregående annonsering krävs alltså att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.<sup>1</sup>

#### Upphandlingens värde

9. Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas i upphandlingen (19 kap. 8 § och 19 kap. 37 § tredje stycket LOU). Beräkningen ska innefatta värdet av samtliga options- och förlängningsklausuler som om de utnyttjats.
10. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen av värdet av upphandlingen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Vid bedömningen saknar det betydelse om anskaffningarna är annonserade eller oannonserade, liksom om en viss anskaffning omfattas av ett undantag från annonseringsskyldigheten.
11. Avgörande för om värdet av en upphandlande myndighets genomförda direktupphandlingar ska läggas samman vid beräkningen av upphandlingens värde är att det rör sig om tjänster av samma slag. Bedömningen av om upphandlingar är av samma slag bör göras med utgångspunkt i de tjänster som är föremål för upphandlingarna. För att tjänster som anskaffas genom olika upphandlingar ska anses vara av samma

---

<sup>1</sup> Se bland annat EU-domstolens uttalanden i mål 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*, punkt 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.

slag krävs inte att de är identiska, men det ska föreligga påtagliga likheter. Enligt praxis är det snarare tjänsternas karaktär än vem som utför dem som är avgörande för om de är av samma slag.<sup>2</sup>

12. Hedemora kommun har under 2019 genomfört nio direktupphandlingar av socionomer för bemanning av barn- och ungdomsenheten vid kommunens omsorgsförvaltning i form av konsulttjänster, se bilaga 2. Upphandlingarna avser enligt Konkurrensverkets uppfattning tjänster av samma slag. Värdet av upphandlingarna ska därmed räknas samman.

*Värdet av upphandlingen överstiger direktupphandlingsgränsen men understiger det särskilda tröskelvärdet*

13. Kommunen har uppgett att den har betalat 2 582 393 kronor till Bonliva och 482 124 kronor till Agila Social Care. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta Kommunens uppgifter. Enligt Konkurrensverkets bedömning ska värdet av upphandlingen därmed fastställas till (2 582 393 + 482 124) 3 064 517 kronor exklusive mervärdesskatt.
14. Upphandlingens värde överstiger alltså den särskilda direktupphandlingsgränsen för tjänster upptagna i bilaga 2 a tjänster, men understiger tröskelvärdet för dessa särskilda välfärdstjänster. Det innebär att endast vissa bestämmelser i 19 kap. LOU tillämpas på upphandlingen.
15. Upphandlingen skulle ha publicerats i en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, förutsatt att något av de särskilt angivna undantagen inte är tillämpliga (19 kap. 36 § LOU).

Inget undantag är tillämpligt

16. Kommunen har bland annat anfört att direktupphandlingarna gjordes i ett akut läge i verksamheten då det saknades behörig personal och att det rör sig om en samhällsviktig verksamhet som inte medger brist på personal.
17. Kommunens argumentation förefaller hänföra sig till undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU. Undantaget kräver emellertid att den upphandlande myndigheten på grund av synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten och som inte heller har kunnat förutses av myndigheten, inte kan hålla tidsfristerna vid ett 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.<sup>3</sup> Det ställs långtgående krav på en

---

<sup>2</sup> HFD 2017 ref. 74.

<sup>3</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 198 och 344 f. samt målen C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 25–28 och C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, p. 40–43.

upphandlande myndighets planering och organisation.<sup>4</sup> Bestämmelsen får endast användas under mycket exceptionella omständigheter.<sup>5</sup> Att en omständighet inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten innebär att omständigheten närmast har karaktären av force majeure.<sup>6</sup>

18. Vad Kommunen för fram utgör enligt Konkurrensverkets mening inte omständigheter som medger undantag från annonseringsskyldigheten enligt 19 kap. 36 § LOU. Det har inte heller framkommit att det föreligger andra omständigheter som medger något undantag. Avtalet med Bonliva den 29 december 2019 utgör därmed en otillåten direktupphandling.

### Upphandlingsskadeavgift

19. 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 finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha 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.<sup>7</sup>
20. 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.<sup>8</sup>
21. 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.<sup>9</sup> Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 3 064 517 kronor (se punkten 13 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 306 451 kronor ( $3\,064\,517 \times 0,1$ ).
22. 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).
23. 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 myn-

---

<sup>4</sup> Jfr t.ex. mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, p. 26–28.

<sup>5</sup> Se direktiv 2014/24/EU, skäl 50.

<sup>6</sup> Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål nr 3208-14 den 26 augusti 2015.

<sup>7</sup> Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

<sup>8</sup> A. prop. s. 196–197.

<sup>9</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

digheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.<sup>10</sup> Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.<sup>11</sup>

24. 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 exempelvis 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 upprepade 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.<sup>12</sup> Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet är därför ofta högt.<sup>13</sup>
25. Kommunen har direktupphandlat välfärdstjänster enligt bilaga 2 a LOU till ett värde som understiger tröskelvärdet för dessa tjänster, men överstiger direktupphandlingssgränsen. Det är endast ett fåtal bestämmelser som gäller vid upphandling av de aktuella tjänsterna. Sådana välfärdstjänster ska dock annonseras enligt 19 kap. 36 § LOU. Krav på annonsering är centralt för att säkerställa ett effektivt utnyttjande av offentliga medel. Att bryta mot annonseringsregeln innebär att potentiella leverantörer inte har möjlighet att tillvarata sina rättigheter, bland annat genom att ansöka om överprövning. Även tillsynsmyndighetens arbete försvåras om upphandlingar sker i det fördolda.
26. Vid otillåten direktupphandling av de aktuella välfärdstjänsterna ska en upphandlingsskadeavgift kunna påföras.<sup>14</sup> Enligt Konkurrensverkets uppfattning saknas det anledning att se mildare på sanktionsvärdet vid otillåten direktupphandling av nu aktuella välfärdstjänster enligt bilaga 2 a LOU än vid andra otillåtna direktupphandlingar enligt LOU.
27. Rättsläget kan inte anses oklart. Omständigheterna i övrigt är enligt Konkurrensverkets uppfattning varken förmildrande eller försvårande.

---

<sup>10</sup> Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.

<sup>11</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

<sup>12</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 197–198 och 369–370.

<sup>13</sup> Se a. prop. 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.

<sup>14</sup> Se också prop. 2017/18:158 s. 66 ff.

28. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 230 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
- 

Marie Östman

Rosemarie Jansson Håvik

**Bifogas**

**Bilaga 1** – Avtalet mellan Kommunen och Bonliva den 29 december 2019.

**Bilaga 2** – En sammanställning av de avtal om socionomtjänster som Kommunen ingått under 2019.