



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2016-11-25
Meddelad i Härnösand

Mål nr
2748-16 E

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2016-11-28	
Avd	JU
Dnr	494/2016
KSnr	3.6.3 Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Landstinget Västernorrland ska betala en upphandlingsskadeavgift om 700 000 kronor.

Dok.Id 117703

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00
E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU ska besluta att Landstinget Västernorrland (landstinget) ska betala 700 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Landstinget har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 31 augusti 2015 ingå avtal om köp av bemanningstjänster avseende länsverksamhetschef för kardiologi med MedSwedArt AB utan föregående annonsering, trots att förutsättningar saknades för ett sådant agerande. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling. Landstinget inledde ett ordinarie anställningsförfarande i januari 2015, vilket bl.a. innefattade publicering av en platsannons. Vid ansökningstidens utgång hade fem personer sökt tjänsten, varav tre bedömdes uppfylla de formella kraven. När landstinget erbjöd tjänsten till den av de sökande som landstinget bedömde var mest kvalificerad villkorade denne anställningen med att landstinget istället skulle anlita hans bolag, MedSwedArt AB, i vilket han själv var anställd. Tjänsten skulle bemannas av den sökande och landstinget skulle på så sätt köpa utförandet av tjänsten av hans bolag. Landstinget hörsammade önskemålet och den 31 augusti 2015 ingick landstinget avtal med bolaget avseende bemanning av tjänsten som chef för landstingets kardiologiverksamhet.

Av avtalet framgår vem som ska utföra arbetet. Bolaget har fullständigt personalansvar för sin personal och svarar för alla kostnader och förpliktelser som hänger samman med ansvaret. Ersättning utgår med 48 000 kronor per vecka exklusive mervärdesskatt. Motsvarande ersättning utgår under en semesterperiod på 32 dagar. Avtalstiden anges vara den 1 september 2015 - 31 augusti 2019. Landstingets ingående av avtalet med bolaget har inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande eller avrop från ramavtal.

Anställningsavtal omfattas inte av LOU. Landstinget ingick emellertid aldrig något anställningsavtal avseende den aktuella tjänsten. Avtalet mellan landstinget och bolaget utgör i stället ett tjänstekontrakt enligt 2 kap. 18 § LOU. Enligt Konkurrensverkets bedömning avser avtalet köp av en så kallad B-tjänst enligt bilaga 3 till LOU. Därmed omfattas avtalet av 15 kap. LOU. Värdet av ett kontrakt ska beräknas till det totala värde som ska betalas med anledning av kontraktet. Enligt huvudregeln ska upphandlingar som överskrider viss procent av det aktuella tröskelvärdet annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna eller ansöka om att få lämna anbud. För att en upphandlande myndighet utan föregående annonsering ska få ingå ett avtal vars värde överstiger direktupphandlingsgränsen krävs att något av de undantag som anges i 4 kap. 5-9 §§ LOU eller, eftersom det är fråga om en B-tjänst, 15 kap. 3 § LOU är tillämpligt. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt. Enligt Konkurrensverkets uppfattning har det inte funnits skäl som motiverar avsaknaden av annonsering. Avtalet borde därför rätteligen ha annonserats enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU. Eftersom någon sådan annonsering inte skett utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse. Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Utifrån Konkurrensverkets beräkning av kontraktsvärdet kan upphandlingsskadeavgiften uppgå till högst 998 400 kronor. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphand-

ling. Sanktionsvärdet ska därför vara högt. Några förmildrande omständigheter föreligger inte. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 700 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Landstinget bestrider – som det får förstås – bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Vid den i målet aktuella upphandlingen/rekryteringen av länsverksamhetschef för kardiologen har den rekryterande chefen inte följt landstingets riktlinjer. Den rekryterande chefen har inte använt sig av landstingets inköps- och upphandlingsavdelning och har beslutat om att vad som initialt var tänkt som en normal rekrytering/anställning med sedvanlig annonsering och urval har slutat som en direktupphandling. Därigenom har en enskild befattningshavare agerat utöver sin beslutsdelegation såvitt avser direktupphandling. Det medgivna delegationsbeloppet understiger upphandlingens värde. Hela den i målet aktuella upphandlingen har således företagits utan landstingets vetskap.

Landstinget har med anledning av det inträffade såväl företagit som föreslagit diverse förändringar för att försvåra att något liknande ska kunna inträffa igen. Landstinget anser att beloppet är oproportionerligt i förhållande till det inträffade. För en myndighet av landstingets storlek kan inte alla enskilda beslut kontrolleras över tiden, därav föreligger delegationer som reglerar av vilken befattningshavare olika beslut fattas. Även fast det sker internkontroll, revision och verksamhetsutveckling kan en myndighet inte kontrollera alla beslut som fattas. Landstinget har ett fungerande regelverk för upphandlingar, en fungerande avdelning för inköp och upphandling samt en känd delegationsordning. Konkurrensverkets motivering angående avgiftens avskräckande syfte passar inte in på den aktuella situationen då upphandlingsskadeavgiften måste vara tänkt att motivera en organisation att ändra sitt regelverk i syfte att undvika otillåten direktupphandling. Trots att myndig-

heten har ett tydligt regelverk på området kan man inte skydda sig mot att enskild befattningshavare vid något tillfälle bryter mot gällande regelverk.

Konkurrensverket har här efter anfört bl.a. följande. Konkurrensverket konstaterar att landstinget inte bestrider att det aktuella avtalet utgör en otillåten direktupphandling. Det aktuella avtalet kan inte ha ingåtts "utan landstingets vetskap" eftersom det är just landstinget som är part i avtalet. Invändningen att en enskild befattningshavare på myndigheten överskred sina befogenheter i samband med avtalsingåendet har prövats i HFD 2014 ref. 69, varvid konstaterades att en sådan omständighet inte inverkar i sänkande riktning vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Att en myndighet i efterhand vidtar åtgärder för att undvika framtida överträdelser av upphandlingslagstiftningen utgör inte en förmildrande omständighet vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiften. Inte heller landstingets påstående om en i övrigt väl fungerande upphandlingsverksamhet ska inverka på avgiftens storlek. Landstinget har strikt ansvar för otillåtna direktupphandlingar. Avgiften ska fastställas till ett belopp som avhåller såväl den upphandlande myndigheten som andra myndigheter från överträdelser. Det yrkade beloppet utgör en proportionerlig och avskräckande sanktion för den aktuella överträdelsen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

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 (17 kap. 1 § 3 LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvär-

det. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § (17 kap. 4 § LOU)

Av 15 kap. 3 a § första stycket LOU framgår att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

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 (17 kap. 5 § LOU).

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anges bland annat följande i förarbetena till LOU. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är att ju allvarigare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställs till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det 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 otillåten direktupphandling 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 förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbas negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften också kunna efterges. Med synnerliga

skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Vidare anges att domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. (prop. 2009/10:180 s. 197 f., 370).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att kontrollera om förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift är uppfyllda och, om så är fallet, att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Landstinget har efter ett rekryteringsförfarande haft för avsikt att anställa en länsverksamhetschef för kardiologen. I stället för att anställa den av de sökande som befunnits mest kvalificerad för tjänsten har landstinget emellertid i stället ingått ett avtal med sökandens aktiebolag vilket innebär köp av en tjänst under avtalsperioden den 1 september 2015 – 31 augusti 2019. I likhet med Konkurrensverket finner förvaltningsrätten att detta kontrakt utgör ett tjänstekontrakt avseende en s.k. B-tjänst, varvid 15 kap. LOU blir tillämpligt. I målet är ostridigt att kontraktets totala värde överstiger 28 procent av tröskelvärdet varvid landstinget haft en skyldighet att annonsera upphandlingen. Då något upphandlingsförfarande med iakttagande av reglerna om annonsering m.m. inte har genomförts är det således fråga om en otillåten direktupphandling. Det föreligger därmed förutsättningar för förvaltningsrätten att besluta om påförande av en upphandlingsskadeavgift.

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Den aktuella överträdelserna kan inte anses

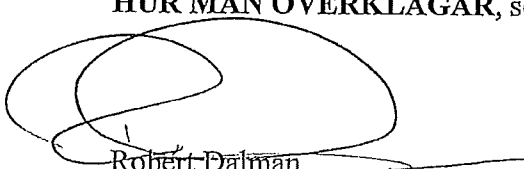
vara ringa. Det har inte heller kommit fram några synnerliga skäl för eftergift. Förvaltningsrätten har därmed att ta ställning till upphandlingsskadeavgiftens storlek.

En upphandlingsskadeavgift ska enligt ovan angiven bestämmelse fastställas till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Landstinget har inte ifrågasatt den beräkning av kontraktsvärdet som Konkurrensverket gjort. Förvaltningsrätten finner inte heller någon anledning att beräkna kontraktsvärdet på annat sätt. Kontraktsvärdet får således anses vara 9 984 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska därmed bestämmas till ett belopp inom ramen 10 000 kronor – 998 400 kronor ($9\,984\,000 \times 0.1$).

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Utgångspunkten bör därför vara att sanktionsvärdet ska bedömas som högt. Uppdragsgivare är enligt avtalet Landstinget Västernorrland och avtalet har skrivits under av en befattningshavare hos landstinget. Förvaltningsrätten konstaterar att ansvaret är strikt, dvs. skyldigheten att betala en avgift uppkommer när ett regelbrott objektivt kan konstateras oberoende av vad den upphandlande myndigheten kände till eller borde ha känt till kring överträdelserna (se prop. 2009/10:180 s. 192 ff.). Att en enskild befattningshavare överskridit sin befogenhet enligt delegationsordning kan inte enligt förvaltningsrättens mening anses medföra att landstingets skyldighet att följa upphandlingslagstiftningen påverkas. Detta förhållande kan då inte heller få någon inverkan vid fastställande av upphandlingsskadeavgift (jfr. HFD 2014 ref. 69). Inte heller vad som anförts om att landstinget med anledning av det inträffade vidtagit åtgärder för att försvåra att något liknande ska kunna inträffa igen medför enligt förvaltningsrättens mening att avgiften ska sättas ned. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det yrkade beloppet framstår som effektivt, proportionerligt och fyller det allmänpreventiva syfte som varit lagstiftarens mening. Ansö-

kan ska därför bifallas och landstinget åläggas att till staten betala en upp-
handlingsskadeavgift om 700 000 kronor.

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



Robert Dälman

tf. lagman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.