

Förvaltningsrätten i Göteborg
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Tolförmedling Väst, 222000-2972, Box 113 05, 404 27 Göteborg

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 Tolförmedling Väst ska betala 350 000 (trehundrafemtio tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Tolkförmedling Väst (TFV) har den 22 februari 2023 ingått avtal om tolktjänster (Avtalet) med Kronotolk AB (Leverantören) utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU. Det saknades förutsättningar för att ingå Avtalet utan sådan annonsering. TFV har därmed gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet.

Bakgrund och omständigheter

2. TFV är ett kommunalförbund och en upphandlande myndighet enligt LOU (1 kap. 22 § andra stycket 3 LOU).
3. Förbundets syfte är att tillgodose medlemmarnas behov av språktolk genom att bedriva gemensam språktolk- och översättningsförmedling (Bilaga 1).
4. För att fullgöra sitt uppdrag anskaffar TFV bland annat tolktjänster från andra tolkförmedlingar. Tjänsterna förmedlas sedan till förbundets medlemmar.
5. Den 22 februari 2023 ingick TFV Avtalet med Leverantören, som är en annan tolkförmedling. Avtalet ingicks utan föregående annonsering. Den bifogade fakturan med specifikation (Bilaga 2) är den enda tillgängliga skriftliga dokumentationen av Avtalet.
6. Under Konkurrensverkets utredning har TFV uppgett att förbundet inte har något formellt avtal med någon annan tolkförmedling. TFV anskaffar tolktjänster från andra tolkförmedlingar löpande via sitt bokningssystem, mejl och telefon utan föregående annonsering. Förbundet har under flera års tid vridit och vänt på frågan hur en upphandling av tolktjänster från andra tolkförmedlingar skulle kunna gå till, utan att lyckas definiera en kravställning som möjliggör kvalitativa och seriösa anbud.
7. TFV har angett att förbundet har anskaffat vissa tolktjänster felaktigt på grund av en felkodning i förbundets bokningssystem. Felet korrigerades inte trots att systemleverantören uppmärksammades på det. Enligt TFV berodde detta på att systemleverantören hade ett egenintresse av att felet inte korrigerades. TFV driftsatte ett nytt bokningssystem i maj 2023.
8. Enligt TFV var flera undantag från annonseringskravet tillämpliga på upphandlingen av Avtalet. Konkurrensverket delar inte den uppfattningen. Konkurrensverket anser att TFV har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet och att förbundet därför ska betala en upphandlingsskadeavgift. Skälen för detta utvecklas nedan.



TFV har gjort en otillåten direktupphandling av Avtalet

Upphandlingens värde

9. Avtalet är ett tjänstekontrakt (1 kap. 21 § LOU).¹ En upphandlings värde är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen, inklusive options- och förlängningsklausuler (5 kap. 3 § LOU). Uppskattningen ska motiveras på objektiva grunder.²
10. Värdet av ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer ska uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden, *alternativt* med ledning av 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). Uppskattningen ska inkludera värdet på kontrakt som upphandlats både annonserat och oannonserat.³
11. TFV har redovisat en sammanställning av de kontrakt om tolktjänster som förbundet upphandlade under tolv månadersperioden som föregick Avtalet (Bilaga 3). Kontrakten var regelbundet återkommande och liknade Avtalet.⁴ Enligt Konkurrensverket ska värdet på kontrakten därför ingå vid beräkningen av värdet på upphandlingen av Avtalet.
12. TFV har anfört att det inte är korrekt att bedöma samtliga tolkuppdrag från den föregående tolv månadersperioden enligt regeln om liknande kontrakt. Enligt TFV skulle värdeuppskattningen bli lägre om den i stället gjordes för tolv månadersperioden som följer Avtalet eftersom problemen som varit hänförliga till bokningssystemet nu har minskat betydligt. TFV har samtidigt angett att det saknas praktiska möjligheter att i efterhand uppskatta värdet. TFV har inte heller redovisat någon alternativ värdeuppskattning.
13. Enligt Konkurrensverket har TFV inte visat på några objektiva omständigheter som motiverar att upphandlingens värde ska uppskattas på något annat sätt än vad Konkurrensverket har gjort.
14. Det sammanlagda värdet på Avtalet och de liknande kontrakten som TFV upphandlade under den föregående tolv månadersperioden är 4 646 923 kronor exklusive moms. Värdet på upphandlingen av Avtalet är därmed 4 646 923 kronor.

¹ Avtalet avser tolktjänster (CPV-kod 79540000-1).

² Se prop. 2006/07:128 s. 315.

³ Se prop. 2015/16:195 s. 483.

⁴ Kontrakten avser tjänster av samma slag, jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 16 februari 2023 i mål nr 3095-22.



Inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt

15. Värdet på upphandlingen av Avtalet översteg tröskelvärdet för tjänstekontrakt (5 kap. 1 § LOU).⁵ Upphandlingen skulle därför ha annonserats om inte något undantag från annonseringskravet var tillämpligt (10 kap. 1 § LOU).
16. Under Konkurrensverkets utredning har TFV anfört att undantagen för synnerlig brådska och synnerliga skäl i 19 a kap. 5 § LOU var tillämpliga på upphandlingen av Avtalet.
17. Undantagen i 19 a kap. 5 § LOU kan dock inte ha varit tillämpliga eftersom värdet på upphandlingen av Avtalet överstiger det tillämpliga tröskelvärdet i 5 kap. LOU och upphandlingen inte avser någon tjänst i bilaga 2 till LOU (19 a kap. 5 § andra stycket LOU).
18. Det finns inget undantag för synnerliga skäl för upphandlingar med ett värde som överstiger tröskelvärdet. Det som TFV har anfört om synnerlig brådska kan däremot bedömas mot undantaget i 6 kap. 15 § LOU.
19. TFV har motiverat att synnerlig brådska förelåg med följande skäl:
 - a. Anskaffningarna av tolktjänster från andra tolkförmedlingar är absolut nödvändiga. TFV anskaffar bara tolktjänster från andra tolkförmedlingar när förbundet har uttömt alla andra möjligheter att tillsätta tolk till uppdraget. Skyldigheten att tillhandahålla tolk enligt 13 § förvaltningslagen (2017:900) är villkorlös. Det finns alltså inget utrymme för förbundet att inte tillsätta en tolk till ett visst uppdrag. Uppdragen där tolk tillsätts från andra tolkförmedlingar är akuta fall som inte kan vänta.
 - b. Det föreligger synnerlig brådska när TFV anskaffar tolktjänster från andra tolkförmedlingar. Sjukvården är förbundets största uppdragsgivare och ett brådskande behov av tolk uppstår inte sällan inom akutsjukvården. Det är av synnerlig vikt för vården att tolkar tillsätts i så hög utsträckning som möjligt.
 - c. Behovet av tolk med kort varsel kan varken tillskrivas eller förutses av TFV. Förbundet kan visserligen förutse att det kommer att uppstå behov av att tillsätta tolk med kort varsel, men inte när behovet uppstår, vilket språk som berörs eller om det ställs andra särskilda krav på tolken. Rysslands invasion av Ukraina innebar ett helt oväntat och dramatiskt ökat behov (3 400 procent) av ukrainska tolkar.

⁵ Tröskelvärdet för tjänstekontrakt var 2 236 731 kronor när Avtalet upphandlades, se tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.



20. Enligt Konkurrensverket har TFV inte visat att undantaget för synnerlig brådska var tillämpligt på upphandlingen av Avtalet. Detta utvecklas nedan.
21. Undantagen från annonseringskravet ska tolkas restriktivt.⁶
22. För att undantaget i 6 kap. 15 § LOU ska kunna tillämpas måste det vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte beror på och som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, ska göra det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett annonserat förfarande.
23. Det ställs höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation för att undantaget ska kunna tillämpas.⁷ Omständigheterna som föranleder brådskan får inte till någon del bero på den upphandlande myndighetens agerande.⁸ Brådskan ska i stället bero på yttre förhållanden, det vill säga sådana omständigheter som myndigheten inte kunnat påverka. Omständigheterna ska närmast ha karaktären av force majeure.⁹ Det ska finnas ett orsakssamband mellan omständigheterna som inte kunnat förutses och den synnerliga brådskan.¹⁰
24. TFV har inte visat att det var absolut nödvändigt att ingå Avtalet. Skyldigheten att tillsätta tolk enligt 13 § förvaltningslagen omfattar bara den enskilda myndighetens kontakter med enskilda personer. Skyldigheten kan inte överlåtas genom exempelvis en förbundsordning. Ett kommunalförbund är en fristående juridisk person i förhållande till sina medlemmar.¹¹ TFV är därför inte skyldigt att tillsätta tolk i sina medlemmars ärenden. Det gäller även om det skulle vara absolut nödvändigt för de enskilda medlemmarna att tillsätta tolk i sina ärenden. TFV har inte gjort gällande att tolktjänsterna i Avtalet behövdes i förbundets egna kontakter med enskilda.

⁶ Se EU-domstolens domar den 10 mars 1987, kommissionen mot Italien, C-199/85, EU:C:1987:115, p. 14; den 10 april 2003, kommissionen mot Tyskland, förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, p. 58; den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 19; den 2 juni 2005, kommissionen mot Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, p. 33 samt den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79, RÅ 2009 not 134 och HFD 2019 ref. 65.

⁷ Se HFD 2017 ref. 66 och EU-domstolens dom den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 26–28.

⁸ Se prop. 2006/07:128 s. 327 och 429 och prop. 2009/10:180 s. 344. Se även EU-domstolens domar den 14 september 2004, kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 26 och den 2 juni 2005, kommissionen mot Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, p. 40–43.

⁹ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14. Se även skäl 80 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹⁰ Se HFD 2017 ref. 66.

¹¹ Se prop. 2016/17:171 s. 307.



25. TFV har inte heller förklarat på vilket sätt synnerlig brådska motiverade upphandlingen av Avtalet. TFV är dock i allmänhet medvetet om och kan förutse sitt behov av tolktjänster. Förbundets uppdrag är att bedriva tolkförmedling. TFV har ett regelbundet återkommande behov av tolktjänster där språk, omfattning och brådskan att tillsätta tolk varierar. Om någon brådska förelåg när Avtalet ingicks – vilket TFV inte har visat – beror den brådskan alltså på omständigheter som kan tillskrivas TFV. Det gäller även om TFV inte har kunnat förutse exakt vilket behov av tolktjänster som skulle uppstå vid varje enskilt tillfälle.
26. TFV har alltså ingått Avtalet utan föregående annonsering trots att inget undantag från annonseringskravet var tillämpligt. Upphandlingen av Avtalet var därmed en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

27. Vid en otillåten direktupphandling får förvaltningsrätten efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § 3 LOU).
28. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande.¹² Avgiften syftar till att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹³
29. Den upphandlande myndigheten måste inte ha agerat uppsåtligt eller oaktsamt för att en avgift ska dömas ut.¹⁴ Bristande kännedom om rättsläget eller misstag om lagstiftningens innehåll ursäktar inte en överträdelse.¹⁵
30. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
31. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte.¹⁶ Särskild hänsyn ska tas till hur allvarlig överträdelsen är, det vill säga överträdelsens sanktionsvärde.¹⁷ Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.

¹² 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. Jfr även prop. 2023/24:3 s. 49.

¹³ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och jfr prop. 2023/24:3 s. 45.

¹⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 192 och 368 samt jfr prop. 2023/24:3 s. 36.

¹⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 368.

¹⁶ Se prop. 2009/10:180 s. 369 och jfr prop. 2023/24:3 s. 49 f. Se även HFD 2014 ref. 49.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 196 och 370 samt jfr prop. 2023/24:3 s. 50.



32. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁸ Någon avgift ska inte beslutas i ringa fall och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).
33. Av förarbetena framgår följande om sanktionsvärdet.¹⁹ 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 är 4 646 923 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför bestämmas till högst 464 692 kronor.
35. TFV har gjort en otillåten direktupphandling. Det är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen.²⁰ Sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt.²¹
36. Enligt Konkurrensverket finns det inga försvårande eller förmildrande omständigheter som i övrigt bör påverka överträdelsens sanktionsvärde.
37. TFV har däremot anfört att det finns flera förmildrande omständigheter:
- Överträdelsen är oklar. Det är inte klart hur upphandlingens värde ska beräknas, vilket ansvar förbundet har att följa förvaltningslagens krav på rätt till tolk eller hur tolktjänster ska upphandlas.
 - Tillsättandet av tolkuppsdrag har inte varit motiverat av något annat intresse än att leva upp till ändamålet i förbundsordningen.
 - TFV har varit beroende av det felkodade bokningssystemet och bundet av avtalet med den tidigare systemleverantören. TFV har haft mindre möjligheter att begränsa inköpen utan att riskera att bryta mot avtalet.

¹⁸ Se HFD 2014 ref. 69 och jfr prop. 2023/24:3 s. 29 och 74.

¹⁹ Se prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.

²⁰ Se skäl 13 till ändringsdirektivet (2007/667/EG) och prop. 2009/10:180 s. 197. Jfr även prop. 2023/24:3 s. 52 f.

²¹ 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.

- d. Tillsättandet av tolkuppdrag genom andra tolkförmedlingar är en direkt förlustaffär för TFV.
38. Konkurrensverket anser att överträdelsen är klar. Det är tydligt hur upphandlingens värde ska beräknas och vilket ansvar som följer av LOU och förvaltningslagen. Ansvaret för att följa LOU är strikt. TFV är också fullt ansvarigt för sitt bokningssystem och sina avtalsrelationer. Det saknar därför betydelse om TFV saknade uppsåt att göra en otillåten direktupphandling och att förbundet har haft problem med bokningssystemet och sin systemleverantör. TFV har inte heller visat att problemen med bokningssystemet låg till grund för upphandlingen av Avtalet. Sanktionsvärdet är slutligen inte lägre för att Avtalet var en förlustaffär för TFV. Den otillåtna direktupphandlingen är – oavsett Avtalets ekonomiska och affärsmässiga villkor – en mycket allvarlig överträdelse av LOU.
39. Vid en sammantagen bedömning anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 350 000 kronor är en proportionerlig sanktion för överträdelsen.

Ansökan i original undertecknas inte egenhändigt.

Marie Östman
Chefsjurist

Erik Sollenberg
Processråd

Bifogas

- Bilaga 1 Förbundsordning
- Bilaga 2 Faktura för Avtalet
- Bilaga 3 Sammanställning av liknande kontrakt