



DOM

2015 -07- 07
Meddelad i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2015 -07- 08	
Avd	JU
Dnr	330/2013
KSnr	353 Aktbil 21

KLAGANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Statens servicecenter
FE 15
801 71 Gävle

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 28 juli 2014 i mål nr 2191-13 och 2192-13, se bilaga A i nu aktuell del

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår Konkurrensverkets yrkande om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten ska bifalla Konkurrensverkets ansökan och besluta att Statens servicecenter ska betala 750 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Vidare yrkar Konkurrensverket, för det fall att kammarrätten inte delar verkets tolkning vad gäller undantaget för synnerlig brådska, att ett förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Statens servicecenter (Servicecenter) bestrider bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Konkurrensverket anför i allt väsentligt samma omständigheter som antecknats i förvaltningsrättens dom med bl.a. följande tillägg och förtydliganden.

Servicecenter har genom konkludent partsinträde slutit avtal (Avtal 1) med Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PwC) om köp av tjänster efter det att myndigheten bildades den 1 juni 2012. Avtalet kan inte utgöra ett avrop från Regeringskansliets ramavtal (Ramavtal) och den avgörande frågan blir då om Servicecenter har haft rätt att sluta avtalet utan föregående annonsering med stöd av undantaget synnerlig brådska i 4 kap. 5 § första stycket 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Avtalet mellan Servicecenter och PwC kan inte utgöra ett avrop från Ramavtalet av följande skäl. Ramavtalet omfattade inte de tjänster som Servicecenter köpt av PwC. Det saknas också möjlighet att konstruera optioner vid avrop från Ramavtalet på så sätt som skett. Vidare slöt vare sig utredningen eller Servicecenter sina respektive avtal med PwC under Ramavtalets löptid, utan avtalen slöts mer än ett år och två månader efter det att Ramavtalet upphört att gälla. Slutligen var Servicecenter inte en avropsberättigad upphandlande myndighet i Ramavtalet. Dessa fyra

omständigheter utgör var för sig grund för slutsatsen att Avtal 1 har slutits av Servicecenter utan föregående annonsering.

Bestämmelsen om undantaget för synnerlig brådska utgör ett undantag från skyldigheten att annonsera och ska tolkas restriktivt enligt såväl EU-domstolens som Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden. Undantaget har tillkommit för att användas i situationer som är trängande och brådskande på grund av yttre, icke påverkbara omständigheter.

Den brådska som har uppstått för Servicecenter beror på att regeringen valde att bestämma tidpunkten för myndighetens verksamhetsstart till den 1 juni 2012. Det finns inte något i regeringens beslut som tyder på att det skulle ha förelegat några yttre faktorer som inneburit att det uppstått ett mycket starkt behov av att brådskande inrätta Servicecenter. Det kan därför inte ha varit absolut nödvändigt för regeringen att bestämma att överföringen av de aktuella uppgifterna till Servicecenter skulle ske inom de tidsramar som gjordes. I avsaknad av sådan absolut nödvändighet som krävs för åberopande av undantaget om synnerlig brådska har Servicecenter inte fått sluta avtal utan föregående annonsering. Om kammarrätten skulle finna att Servicecenter fick sluta avtal med stöd av undantaget för synnerlig brådska skulle detta riskera att öppna för missbruk av regelverket.

Servicecenter anför i allt väsentligt samma omständigheter som antecknats i förvaltningsrättens dom med bl.a. följande tillägg och förtydliganden.

Servicecenter var vid bildandet den 1 juni 2012 bundet av Avtal 2010, jämte de uppdragsbeskrivningar som preciserar och konkretiserar Avtal 2010, som utredningen hade ingått för Servicecenters räkning.

PwC:s konsultstöd utfördes utifrån avropsavtalet Avtal 2010. Detta avtal uppfyller förutsättningarna för att vara ett giltigt kontrakt i såväl

civilrättsligt som upphandlingsrättsligt avseende. Servicecenters utnyttjande av kontraktet utgör en tillämpning av avtalet och inte en ny offentlig upphandling eller en tilldelning av nytt kontrakt. Det är en felaktig slutsats att vad som betecknats som Avtal 1 tillkommit genom en självständig direktupphandling. Överförandet av Avtal 2010 på Servicecenter har vare sig inneburit en utökning av avtalets omfattning, att avtalsvillkoren väsentligen ändrats eller att något annat kringgående av upphandlingsbestämmelserna skett.

Avtal 2010 kan inte överprövas vad avser dess giltighet och kan inte heller föranleda upphandlingsskadeavgift. Avtalet gäller oavsett om det kan anses innehålla klausuler som inte står helt i överensstämmelse med upphandlingslagstiftningen. En eventuell talan avseende innehållet i Avtal 2010 hade tidigare kunnat föras mot utredningen men kan inte avse Servicecenter. Påstådda avvikelser från Ramavtalet i Avtal 2010 kan inte läggas till grund för att Servicecenter skulle ha genomfört en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverkets inställning att utredningen inte med bindande verkan har kunnat ingå avtal för Servicecentrets räkning är felaktig. Inställningen innebär att en utifrån konstitutionell lagstiftning beslutad men ännu inte inrättad myndighet inom den juridiska personen staten inte skulle vara bundet av ett avtal som ingåtts för dess räkning trots att avtalet ingåtts på uppdrag av myndighetens uppdragsgivare, dvs. regeringen, som beslutat om såväl bildandet av enheten som inrättandet av den. Avtalslagens fullmaktsregler är inte applicerbara på beslut och rättshandlingar som har sin grund i det konstitutionella regelverket. Om Konkurrensverkets inställning vore riktig skulle den få oöverblickbara konsekvenser och omöjliggöra genomförande av politiska omorganisationer. Vidare har i doktrinen förvaltningspolitiska omstruktureringar ansetts godtagbara i upphandlingshänseende.

Mot bakgrund av att myndigheten inte tilldelat PwC något kontrakt borde inte något undantag från annonseringsskyldigheten kunna aktualiseras. Om det blir aktuellt vidhåller dock Servicecenter att undantagsreglerna i 4 kap. 5 § första stycket 2-3 och 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU är tillämpliga.

Konkurrensverkets talan tar sikte på regeringens agerande när det gäller inrättandet av Servicecenter och direktiven till utredningen. Syftet med LOU:s sanktionsbestämmelser kan inte vara att dessa ska användas för bestraffning av myndigheter i avsikt att påverka regeringens beslut och arbetsmetoder för inrättandet av nya myndigheter. För sådan påverkan tillhandahålls helt andra möjligheter och metoder, i bestämmelser inom det konstitutionella förvaltningsrättsliga rättsområdet. En upphandlings-skadeavgift för Servicecenter skulle i ett fall som nu är aktuellt – där myndigheten inte har kunnat påverka händelseförloppet – inte få någon sådan ”avskräckande effekt” som en dylik straffavgift syftar till.

Konkurrensverket anför i genmäle bl.a. följande.

Att vare sig Ramavtalet, avropet Avtal 2010 eller utredningens avtal den 30 maj 2012 är föremål för Konkurrensverkets yrkanden om upphandlingsskadeavgift, betyder inte att dessa inte ska beaktas för att bedöma om Avtal 1 slutits utan föregående annonsering.

Inom den svenska statsförvaltningen betraktas varje myndighet som en egen upphandlande myndighet och varje myndighet ansvarar själv för efterlevnaden av LOU. Det är inte korrekt att anlägga ett synsätt med innebörd att alla statliga myndigheter utgör ett och samma subjekt. Andra avtal som en annan upphandlande myndighet slutit kan inte medföra att Servicecenter (utan att dessförinnan ha gett fullmakt åt den upphandlande myndigheten) slutit avtal innan någon åtgärd vidtagits som medför ett avtals ingående. Några sådana åtgärder kunde inte ha vidtagits innan myndigheten bildades.

Det har varit fullt möjligt för regeringen, Regeringskansliet eller utredningen att förbereda och bilda den nya myndigheten på ett sätt som överensstämmer med LOU. Det bör för varje myndighetsledning vara möjligt att föra en dialog med uppdragsgivaren om det lämpliga och rimliga i de uppdrag som tilldelas och tiden för dess genomförande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Yrkande om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att skäl saknas att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet om detta ska därför avslås.

Har Servicecenter slutit avtal?

Den första frågan att ta ställning till är om Servicecenter kan anses ha slutit avtal med PwC genom konkludent inträde som part i avtalet efter myndighetens bildande den 1 juni 2012 (Avtal 1). Konkurrensverket har anfört flera skäl till varför nu aktuellt avtal inte utgör ett avrop från Ramavtalet medan Servicecenter gjort gällande att de utförda tjänsterna inte utgör ett självständigt avtal mellan parterna utan utgör en del av avropet Avtal 2010 som utredningen gjorde från Ramavtalet och att de erhållna tjänsterna är ett utnyttjande av Avtal 2010.

Inledningsvis konstaterar kammarrätten att det är ostridigt att Servicecenter inte var en avropsberättigad upphandlande myndighet enligt Ramavtalet. Avropet, Avtal 2010, innehåller en option, som utifrån sin utformning får betraktas som en form av förlängningsklausul, med innebörd att upphandlande myndighet kunde välja att köpa tjänster i enlighet med Avtal 2010 av PwC även sedan Servicecenter inrättats. Optionen måste anses innebära en väsentlig avvikelse från villkoren i Ramavtalet.

Utredningen har i uppdragsbeskrivning den 30 maj 2012 gett uttryck för att optionen skulle utnyttjas under en viss period, vilket Servicecenter sedan fullföljt. Konkurrensverket har anfört att såväl uppdragsbeskrivningen och Servicecenters konkludenta handlande utgjort avtal medan Servicecenter hävdar motsatsen. Det avgörande måste vara om Servicecenter ska anses ha slutit avtal med PwC, inte om utredningen avtalat om tjänster för Servicecenters räkning. Av uppdragsbeskrivningen (under rubriken Accept) framgår bl.a. att Avtal 2010 och uppdragsbeskrivningarna kommer att överföras till Servicecenter i samband med dess bildande. Oavsett om uppdragsbeskrivningen är ett separat avtal mellan utredningen och PwC får Servicecenters tillgodogörande av tjänster från PwC i enlighet med uppdragsbeskrivningen anses innebära att Servicecenter slutit ett eget avtal med PwC, eftersom Servicecenter varken får anses ha varit bundet av utredningens accept i uppdragsbeskrivningen eller var avropsberättigad enligt Ramavtalet. Servicecenter får i LOU:s mening således anses ha slutit avtal med PwC (Avtal 1).

Föreligger undantag från annonseringsskyldigheten?

Det är i målet ostridigt att värdet för de direktupphandlade konsulttjänsterna överstiger tröskelvärdena varför det som huvudregel föreligger annonseringsskyldighet (7 kap. 1 § LOU).

Enligt 4 kap. 5 § LOU finns situationer då förhandlat förfarande utan föregående annonsering är möjligt. Av punkt 3 framgår att annonsering kan underlåtas om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Utredningens avtal med PwC är daterat den 30 maj 2012 och Servicecenter skulle enligt regeringens beslut inrättas den 1 juni 2012. Det framstår som uppenbart att det varit omöjligt för Servicecenter att hålla de tidsfrister för annonsering som gäller i olika upphandlingsförfaranden. Synnerlig brådska förelåg således och denna brådska orsakades av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Det får också anses ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet eftersom regeringen i beslut fastslagit att myndigheten skulle inleda sin verksamhet den 1 juni 2012. Det förelåg således en sådan situation som avses i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU och som förvaltningsrätten funnit har förutsättningar för undantag från reglerna om annonsering således funnits såvitt avser Avtal 1. Avtalet utgör därför inte en otillåten direktupphandling. Av detta följer att överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande



Birgitta Törnered
kammarrättsråd
referent



David Wolle Waldetoft
t.f. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Anders Skåål

DOM
2014-07-28
Meddelad i
Falun

Bilaga A

Mål nr
2191-13
2192-13

Sida 1 (14)

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Statens Servicecenter
FE 15
801 71 Gävle

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan i mål 2191-13 och bifaller delvis Konkurrensverkets ansökan i mål 2192-13 genom att besluta att Statens Servicecenter ska betala en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr.

Dok.Id 112091

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00

Telefax
023-383 00 80

E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Regeringen tillsatte den 4 november 2010 en utredning, Servicecenterutredningen (Utredningen), vars uppdrag var att förbereda bildandet av en ny myndighet. Den tilltänkta myndigheten skulle tillhandahålla tjänster avseende ekonomi- och personaladministration till andra statliga myndigheter. Utredningen fick genom ett tilläggsdirektiv från den 3 november 2011 bland annat i uppdrag att ingå nödvändiga avtal för den nya myndighetens räkning och bemanna myndigheten så att den tilltänkta myndigheten skulle kunna inleda sin verksamhet den 1 juni 2012.

Utredningen har avropat konsultstöd för att fullgöra uppdraget från ett ramavtal Regeringskansliet ingått med Öhrlings PriceWaterhouseCoopers (PwC) den 30 maj 2007 (Ramavtalet). Efter förlängning av dess giltighetstid löpte Ramavtalet ut den 31 mars 2011. Ramavtalet omfattade konsulttjänster inom de två uppdragsområdena "lokalförsörjningsfrågor" respektive "strategiska frågor m.m. avseende företag och andra juridiska personer med statligt ägande". I Ramavtalet anges att Regeringskansliet samt "kommittéer och myndigheter under Regeringskansliet" var berättigade att avropa från Ramavtalet.

I december 2010 genomförde Utredningen ett avrop från Ramavtalet (Avtal 2010) enligt vilket PwC skulle utföra tjänster åt Utredningen i två etapper (etapp 1 och etapp 2). Utöver utförande av sådana tjänster föreskrevs i Avtal 2010 även en möjlighet för Utredningen att köpa ytterligare tjänster i ett efterföljande skede (etapp 3).

Den nya myndigheten bildades den 1 juni 2012 och fick namnet Statens Servicecenter (Servicecenter). PwC har utfört tjänster åt Servicecenter mot betalning under perioden 1 juni-30 november 2012.

YRKANDEN M.M

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten ska besluta att Servicecenter ska betala 750 000 kr (mål 2191-13) respektive 700 000 kr (mål

2192-13) i upphandlingsskadeavgifter. Till stöd för ansökan anför Konkurrensverket i huvudsak följande. Servicecenter har genom konkludent handlande efter den 30 maj 2012 trätt in i avtal (Avtal 1) med PwC avseende konsultstöd. Servicecenter har inte varit bunden av villkoret om succession då denna myndighet inte var bildad när Utredningen träffade avtalet. Servicecenter ingick därefter ett andra avtal (Avtal 2) med PwC avseende köp av konsulttjänster som skulle utföras under perioden augusti-november 2012. Avtalet synes ha slutits någon gång i augusti 2012 men villkoren för det tecknades ner i ett dokument daterat den 13 september 2012. Då kontraktens värden uppgick till 10 280 000 kr respektive 9 052 956 kr skulle upphandlingarna annonserats vilket inte har skett. Förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering har inte förelagts. Fråga är därför om otillåtna direktupphandlingar. Då överträdelserna inte är ringa saknas skäl att efterge upphandlingsskadeavgifterna.

Servicecenter motsätter sig ansökan och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att avgift inte ska påföras alternativt efterges eller åtminstone bestämmas till ett lägre belopp. Till stöd för sin inställning anför Servicecenter bl.a. följande. Avtal 2010 är ett avrop som Utredningen gjorde från Ramavtalet. Servicecenter har inte slutit några nya avtal med PwC utan fråga har endast varit att genom uppdragsbeskrivningar beskriva och konkretisera det uppdrag som framgår av Avtal 2010. Uppdragsbeskrivningarna utgör således inga från Avtal 2010 självständiga uppdragsavtal. Talan riktar sig därför mot fel upphandlande myndighet och har inkommit till förvaltningsrätten för sent. För den händelse domstolen skulle finna att upphandlingsavtal skulle anses föreligga har det inte funnits någon annonseringsskyldighet. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att Servicecenter träffat ett upphandlingsavtal som borde ha annonserats måste överträdelens sanktionsvärde anses som obefintligt. Överträdelserna bör anses som ringa eller i vart fall jämkas till noll kr.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Sammanfattning av förvaltningsrättens slutsatser

Konkurrensverket har anfört argument för varför Avtal 2010 inte tillkommit i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Förvaltningsrätten kommer vid prövning av denna fråga till den slutsatsen att Konkurrensverket inte förmått visa att Avtal 2010 står i strid med upphandlingslagstiftningen. Förvaltningsrätten övergår därefter att pröva frågan om huruvida ett optionsvillkor i Avtal 2010 medfört att Utredningen civilrättsligt bundit upp Servicecenter att under etapp 3 avropa ytterligare konsultstöd. Den slutsats förvaltningsrätten kommer till är att Avtal 2010 inte binder Servicecenter. Förvaltningsrätten finner också att den s.k. optionen som reglerar utförandet av etapp 3 måste anses utgöra en väsentlig avvikelse från villkoren i Ramavtalet. Fråga blir då om direkttilldelningar av två fristående avtal (Avtal 1 och Avtal 2). Förvaltningsrätten kommer vidare till slutsatsen att Utredningen civilrättsligt inte kunnat binda Servicecenter genom klausulen om partsuccession i Avtal 1 varför slutsatsen blir att Servicecenter är ansvarigt för att avtalen tillkommit i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Ansökan om upphandlingsskadeavgift riktar sig därför mot rätt person. Härfter prövar förvaltningsrätten om det funnits förutsättningar att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten finner vid denna prövning att det beträffande Avtal 1 inte är visat att sådan möjlighet inte funnits. Grund för att påföra upphandlingsskadeavgift föreligger därför inte i denna del. Vad gäller Avtal 2 bedömer förvaltningsrätten att sådana förmildrande omständigheter föreligger att det finns grund att fastställa upphandlingsskadeavgiften till skäliga 350 000 kr. En kort sammanfattning av parternas argumentation i varje delfråga och skälen för förvaltningsrättens bedömningar redovisas nedan.

1. Har Avtal 2010 tillkommit i överensstämmelse med LOU?

1.1 Har Utredningen varit avropsberättigad?

Konkurrensverket har i denna del anfört bl.a. följande. Eftersom Utredningen har varit en myndighet under regeringen och inte Regeringskansliet har Utredningen aldrig varit avropsberättigad.

Servicecenter har mot detta anfört bl.a. följande. I administrativt hänseende hör kommittéväsendet till Regeringskansliet. Det är Kommittéservice, en sektion inom Regeringskansliets förvaltningsavdelning, som ger administrativt stöd till kommittéerna. Servicecenterutredningen – som var en kommitté – var därför behörig att göra avrop från Ramavtalet.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning. Vad först gäller Ramavtalets utformning kan förvaltningsrätten konstatera att avsikten inte torde ha varit att begränsa kretsen av avropsberättigade på så sätt som Konkurrensverket gör gällande i målet. Vidare kan konstateras att Regeringskansliets uppdrag är att bereda regeringsärenden och biträda regeringen och statsråden i deras verksamhet i övrigt. I detta ingår departement för olika verksamhetsgrenar (RF 7 kap. 1§) Annat har inte framkommit än att Utredningen sorterade under ett departement. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att Konkurrensverket inte visat att Utredningen inte skulle ha varit avropsberättigad från Ramavtalet.

1.2 Täcks upphandlingsföremålet av Ramavtalet?

Konkurrensverket har bl.a. uppgett följande. Ramavtalet omfattar konsulttjänster avseende ”lokalförsljningsfrågor” respektive ”strategiska frågor m.m. avseende företag och andra juridiska personer med statligt ägande”. Avtal 2010 reglerar inte till någon del tjänster avseende ”lokalförsljningsfrågor”. Ramavtalet möjliggjorde även avrop av vissa andra typer av tjänster avseende företagsstrategiska frågor. Sådana avrop förutsatte att tjänsterna avsåg ”företag och andra juridiska personer med statligt ägande”. Servicecenter är varken ett företag eller en egen juridisk person

som ägs av staten. Avrop av "företagsstrategiska frågor" har alltså aldrig kunnat avse Servicecenter.

Servicecenter har mot detta anfört bl.a. följande. Myndigheter utgör juridiska personer under statligt ägande. De tjänster som avropats avser just sådana frågor avseende den myndighet som skulle bildas och stå under statligt ägande. Det framgår t.ex. uttryckligen av Avtal 2010 att "Fokus ligger i huvudsak på strategiska frågeställningar för att ligga till grund för beslut om genomförande" och att ägarperspektivet särskilt ska beaktas. I Avtal 2010 avropades även tjänster som avsåg just lokalförsörjningsfrågor.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande överväganden. Konkurrensverket synes mena att företagsstrategiska frågor endast kan avropas för det fall fråga är om statliga bolag. Även om det ligger nära till hands att tolka formuleringen i enlighet med Konkurrensverkets uppfattning noterar förvaltningsrätten att skrivningen i sig inte med en tillräcklig tydlighet exkluderar strategiska frågor som uppkommer i samband med bildandet av en ny myndighet. Dessutom har Servicecenter uppgett att även vissa lokalförsörjningsfrågor ingick i Avtal 2010. Mot denna bakgrund gör förvaltningsrätten den bedömningen att Konkurrensverket inte visat att upphandlingsföremålet som avses med Avtal 2010 inte har omfattas av Ramavtalet. Konkurrensverket har därmed heller inte förmått visa att Avtal 2010 inte utgör ett, från upphandlingsperspektiv, korrekt avrop från ramavtalet.

2. Har det i Avtal 2010 tagits in optioner i strid med förutsättningarna i ramavtalet? Riktas sig ansökan mot rätt person?

Konkurrensverket har i denna del anfört följande. Ramavtalet har ingåtts med endast en leverantör (PwC). Samtliga villkor i avropen från ramavtalet måste därför stämma överens med villkoren i ramavtalet. Utredningens ingående av avtal med PwC har emellertid skett genom nyttjande av den option som tagits in i Avtal 2010. Ramavtalet tillhandahåller ingen möjlighet att ta in en option i ett avrop. Optionen är således ett villkor i Avtal 2010 som inte stämmer överens med villkoren i Ramavtalet.

Servicecenter har mot detta uppgett bl.a. följande. De kompletterande uppdragsbeskrivningarna (Avtal 1 och Avtal 2) till Avtal 2010 är inte fristående avtal utan preciserar endast villkoren i Avtal 2010. Även etapp 3, som omfattar perioden efter att myndigheten startat, definieras i Avtal 2010. Avsikten var att säkra en stabilisering av verksamheten och hantera de frågor som inte skulle hinnas med fram till det formella etableringsdatumet. I Avtal 2010 togs sålunda höjd för den situationen att uppbyggnaden av den nya myndigheten inte skulle vara så långt kommen vid myndighetsstarten att den kunde utföra sin verksamhet utan hjälp av de PwC-konsulter som under tidigare skeden varit integrerade i Utredningens ledning eller på annat sätt hade stött Utredningen. Uppdragsbeskrivningarna avser inte några självständiga nya projekt. Det är i huvudsak samma konsulter som tillhandahållits Utredningen och Servicecenter under hela avtalsperioden för Avtal 2010. Uppdragsbeskrivningarna utgjorde följaktligen inte några från Avtal 2010 fristående, eller i annat hänseende självständiga avtal.

Av handlingarna framgår följande.

I Avtal 2010 beskrivs etapp 3 på följande sätt.

”I tillägg till Etapp 1 (Analys) och 2 (genomförande) finns enligt detta avrop också möjlighet (option) att använda konsultstöd även efter det att Etapp 2 är genomförd (fr o m 1/1 2012). Det kan exempelvis vara i syfte att säkra servicecentrets leverans efter initial etablering eller att kvalitetssäkra anslutningen av ytterligare undermyndigheter. Konsultstöd enligt denna option debiteras enligt löpande räkning enligt samma timtariffer som i etapp 2.”

Avtal 1 har följande rubrik. ”Uppdragsbeskrivning: Konsultstöd efter 1 juni vid införandet av Statens servicecenter”. Avtalet innefattar fem huvudrubriker med följande lydelse

- 1) Bakgrund och målbild
- 2) Beskrivning av uppdrag
- 3) Ansvarsfördelningar, generella förutsättningar och avgränsningar
- 4) Arvode
- 5) Accept

Under rubriken "Accept" anges bl.a. följande. "Denna uppdragsbeskrivning avser en konkretisering av insatser efter etableringsfasen (etapp 3) enligt möjlighet (option) i särskilt avropsavtal kopplat till *Utredningen – ett myndighetsgemensamt servicecenter*. Avtal tecknat med servicecenterutredningen (202100-3831) inklusive uppdragsbeskrivningar kommer att överföras till Statens Servicecenter (202100-6453) i samband med dess bildande 1 juni 2002."

Avtal 2 som undertecknades den 13 september 2013 av företrädare för Servicecenter respektive PwC har rubriken. "Uppdragsbeskrivning: Konsultstöd efter 15 augusti". Avtalet har i övrigt samma disposition som Avtal 1.

Förvaltningsrätten gör följande överväganden i denna del. Mot Konkurrensverkets påstående att optionsklausulen avseende etapp 3 skulle strida mot villkoren i Ramavtalet har Servicecenter fört fram att etapp 3 redan beskrivits i Avtal 2010 och att Avtal 1 och Avtal 2 endast utgjorde en precisering av det villkor som redan fanns i Avtal 2010. Den möjlighet till skriftligt samråd som ges i 5 kap. 4 § andra stycket LOU gäller, såsom förvaltningsrätten uppfattar bestämmelsen, endast vid *tilldelning* av ett kontrakt som avropas från ett ramavtal. Någon möjlighet att på sätt som skett i Avtal 2010 skapa ytterligare möjligheter till samråd medger inte bestämmelsen. Vid dessa förhållanden finner förvaltningsrätten att den tilldelning av kontrakt som grundar sig på optionen i Avtal 2010 måste anses utgöra en väsentlig avvikelse från villkoren i Ramavtalet vilket strider mot bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU. Avtalen som reglerar etapp 3 måste därför betraktas såsom separata kontrakt som tillkommit genom självständiga direktupphandlingar. Med hänsyn till att Servicecenter inte var bildat när Avtal 1 träffades finner förvaltningsrätten att Utredningen har saknat möjlighet att civilrättsligt binda Servicecenter. Servicecenter har istället genom att myndigheten har börjat tillämpa avtalet blivit bunden av detta. Vid dessa förhållanden riktar sig ansökan mot rätt person och har inkommit i rätt tid.

Då det i målet inte råder tvist om att de i målet aktuella kontraktsvärdena för Avtal 1 och Avtal 2 överstiger tröskelvärdena faller upphandlingarna

under det direktivstyrda området för vilket annonsering som huvudregel krävs.

3. Har det funnits förutsättningar att tillämpa bestämmelsen om undantag från annonseringsskyldigheten?

Konkurrensverket uppger i denna del följande. För att agera på ett sätt som är förenligt med LOU hade det varit nödvändigt att senarelägga starten av Servicecenters verksamhet. Regeringens instruktioner fråntar inte Servicecenter dess ansvar inför upphandlingslagstiftningen då ansvaret för otillåtna direktupphandlingar är strikt. Servicecenters uppdrag att utföra tjänster åt andra myndigheter tillkommer genom överenskommelser mellan Servicecenter och respektive myndighet. En upphandlande myndighets åtaganden att utföra vissa tjänster, utan att dessförinnan ha tillsett att det finns tillräckligt med personal som kan utföra arbetet, utgör just en sådan bristande planering som utesluter synnerlig brådska.

Det har heller inte varit fråga om några kompletterande leveranser. För det första då det endast är den myndighet som ingått det ursprungliga kontraktet som kan komplettera ett avtal med köp av ytterligare tjänster. För det andra då köp av kompletterande tjänster måste vara nödvändigt för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Etapp 3 var emellertid inte nödvändig för fullgörandet av etapp 1 och 2 som Avtal 2010 omfattade.

Servicecenter anför i denna del följande. Det har varit absolut nödvändigt att nyttja konsultstödet från PwC då Servicecenter bl.a. inte hade kunnat utföra löneutbetalningar och fakturabetalningar för flera större statliga myndigheter i annat fall. Den brådska som uppkommit har legat utanför Servicecenters kontroll och har således inte kunnat förutses. Servicecenter kunde inte välja att inte åta sig de uppdrag som varit ifråga. Fråga har också varit om en komplettering av det tidigare konsultstödet som inte hade varit möjligt att avsluta tidigare. Konsulterna fasades ut under hand som myndigheten bemannades med egen personal.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande överväganden. För att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket p. 3 LOU ska vara tillämpligt krävs dels att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet ifråga, dels att det föreligger synnerlig brådska som gör att tidsfrister i andra annonserade förfaranden inte kan hållas, samt dels att brådskan ska vara orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Vad som är absolut nödvändigt får bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. En utgångspunkt kan dock vara sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som anges i beaktandesats 6 i det klassiska direktivet, (jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Andersson m.fl., Norstedts Gula Bibliotek s.228). Servicecenter har i målet uppgett att myndigheten inte har haft nödvändiga resurser för att klara sitt uppdrag att betala ut löner till ett flertal andra myndigheters anställda varför konsultstödet från PwC varit nödvändigt. Enligt förvaltningsrättens uppfattning skulle underlåten utbetalning av löner inom en mycket snar framtid få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Förvaltningsrätten finner därför att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet för att säkerställa löneutbetalningar. När det gäller Avtal 1 är det, enligt förvaltningsrättens uppfattning, uppenbart att Servicecenter inte har haft möjligheter att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Synnerlig brådska har sålunda förelegat såvitt avser detta avtal. Med hänsyn till att Servicecenter bildades den 1 juni 2012 kan brådskan inte vara orsakad av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Förutsättningar att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har sålunda förelegat i denna del. Vid dessa förhållanden saknas grund för att påföra upphandlingskadeavgift i mål 2191-13. Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås i detta mål.

Vad härefter avser Avtal 2 beaktar förvaltningsrätten att Servicecenter, efter att det första avtalet löpte ut, haft ca två och en halv månad till sitt förfogande för att få en ny leverantör på plats. Behovet av förlängt konsult-

stöd borde myndigheten dessutom insett tidigare. Även om tiden har varit mycket knapp och skälig tid måste avsättas för att utforma förfrågningsunderlag, annonsera, invänta anbud, utvärdera dessa och efter avtalsspärren träffa avtal samt bereda en ny leverantör skälig tid för att etablera sig, så torde Servicecenter haft möjlighet att genomföra en annonserad upphandling förutsatt att myndigheten tillämpat reglerna om förkortade tidsfrister i LOU. Synnerlig brådska har sålunda inte förelegat såvitt avser detta avtal.

Servicecenter har även åberopat undantaget som avser kompletterande leveranser. I 4 kap 8 första stycket p. 1 LOU föreskrivs att en myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller kompletterande tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören och om

- a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet eller
- b) de, om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas

I andra stycket nämnda paragraf anges emellertid att det sammanlagda värdet av kontraktet som avses i första stycket p. 1 inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Med beaktande av att förvaltningsrätten bedömt att fråga är om två separata avtal måste den ursprungliga upphandlingen, enligt detta betraktelsesätt, vara Avtal 1. Värdet på detta kontrakt uppgår till drygt tio miljoner kr och värdet på det nu aktuella uppgår till drygt nio miljoner. Vid dessa förhållanden överstiger det sistnämnda kontraktets värde hälften av det förstnämnda kontraktet varför det redan på denna grund saknas förutsättningar att tillämpa denna undantagsbestämmelse.

Förutsättningar att tillämpa reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering har sålunda inte förelegat såvitt avser Avtal 2. Detta avtal måste därför betraktas såsom en otillåten direktupphandling. Grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift med stöd av 17 kap. 1 § p. 3 LOU föreligger därmed.

4. Upphandlingskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket har, ifråga om upphandlingskadeavgiftens storlek, i huvudsak anfört följande. Det sammanlagda kontraktsvärdet uppgår till 9 052 956 kr. Med hänsyn till att otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingslagstiftningen bör upphandlingskadeavgiften fastställas inom intervallet 5-10 % av det sammanlagda kontraktsvärdet. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden är en lämplig avgift 7-8 % av avtalets värde. En upphandlingskadeavgift om de yrkade 700 000 kronorna motsvarar cirka 7,7 %. Avgiftsskyldigheten bygger på ett strikt ansvar oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Okunskap om gällande rätt kan således inte tillmätas förmildrande inverkan vid fastställandet av sanktionsvärdet. Det saknas vidare skäl att efterge avgiften då eftergift endast kan komma ifråga i rena undantagsfall där det annars skulle vara orimligt eller stötande att ta ut avgift. Dylika omständigheter föreligger inte i förevarande fall.

Servicecenter har i denna del uppgett följande. Konkurrensverket har inte påvisat något hållbart rättsligt stöd för att Servicecenter borde ha räknat med att Avtal 2010 inte kunde användas för fortsatta tjänsteleveranser från PwC. Det får därför anses vara fråga om ett sådant oklart rättsläge som enligt förarbetsuttalandena är förmildrande. Det föreligger inte heller sådana omständigheter som enligt förarbetena ska anses vara särskilt klandervärda varför sanktionsvärdet är obefintligt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Av 17 kap. 4 § framgår att upphandlingskadeavgiften kan uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. I 5 § samma kapitel anges att vid fastställande av upphand-

lingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas.

När det gäller beräkningen av avgiftens storlek anføres bl.a. följande i förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen 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. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten. Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter att köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Avgiftens storlek ska sålunda, enligt lagförarbetena, bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Vid bedömningen beaktar förvaltningsrätten särskilt att avtalstiden sträcker sig under fyra månader och att syftet med avtalet var att konsulterna skulle färdigställa det arbete som redan påbörjats och därefter, i takt med att Servicecenter kom att anställa egen personal, fasas ut.

I förevarande fall är det fråga om en direktupphandling av betydande värde vilket i sig är en försvårande omständighet. Å andra sidan beaktar förvaltningsrätten att det måste anses förmildrande att kontraktet förlängdes tillfälligt på grund av att Servicecenter, till följd av den korta tid som stod till dess förfogande, inte hunnit rekrytera egen personal som kunnat fasa ut behovet av konsultstöd. Sanktionsvärdet kan också påverkas av hur klar

överträdelsen kan anses vara. I detta fall bedömer förvaltningsrätten dock inte att rättsläget i sig kan anses oklart. Med hänsyn vad som ovan anförts och med beaktande av att Servicecenter i viss mån kommit att försättas i den aktuella situationen till följd av Utredningens agerande bedömer förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgiften bör bestämmas till skäliga 350 000 kr.

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



Karin Forslund Johansson
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av 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. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.