



DOM

2015-07-07
Meddelad i Sundsvall

KONKURRENSVERKET	
2015-07-08	
Avd	JU
Dnr	331/2015
KSnr	353 Aktbil 21

KLAGANDE OCH MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART OCH KLAGANDE

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 överklagande.

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och bestämmer upphandlingsskadeavgiften till 100 000 kr.

YRKANDEN

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten bestämmer upphandlingsskadeavgiften till 700 000 kr.

Statens servicecenter (Servicecenter) yrkar att upphandlingsskadeavgift inte ska påföras.

Vardera part bestrider motparts yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

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

Avtal 2 slöts mellan Servicecenter och Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PwC) någon gång under sommaren 2012, leverans enligt avtalet påbörjades den 15 augusti och parterna tecknade ned villkoren i avtalet i ett dokument den 13 september 2012. Avtalet utgör inte ett avrop från Ramavtalet och har slutits av Servicecenter utan föregående annonsering. De bestämmelser om undantag från annonseringsskyldighet som finns i 4 kap. 5 § första stycket 3 och 4 kap. 8 § första stycket 1 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, är inte tillämpliga.

Den beslutade upphandlingsavgiften om 350 000 kr är alltför låg och bör höjas. Det är av stor allmänpreventiv betydelse att domstolarna inte beslutar om lägre upphandlingsskadeavgifter med hänvisning till att den upphandlande myndigheten har gjort en otillåten direktupphandling för att myndigheten tilldelats ett uppdrag vars fullgörande inte skulle hinnas med på utsatt tid om en annonserad upphandling enligt LOU skulle genomföras. Det är viktigt att upphandlande myndigheter ges ett tydligt

incitament och stöd för att avhålla sig från att acceptera uppdrag som innebär att myndigheten behöver genomföra otillåtna direktupphandlingar. Om upphandlingsskadeavgiften sänks med hänvisning till att överträdelsen är en följd av instruktioner från den upphandlande myndighetens huvudman eller uppdragsgivare, urholkas detta incitament.

Det är viktigt att de sanktionsbestämmelser som lagstiftaren har infört i LOU tillämpas på ett sådant sätt att regelverket följs. Bedömningen av sanktionsvärdet och bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek bör ske så att sanktionsreglerna får en effektiv och avskräckande effekt på ett allmänt plan.

Förvaltningsrätten har i sin dom ansett att utredningens agerande i viss mån har försatt Servicecenter i den aktuella situationen och att detta ska betraktas som en förmildrande omständighet. Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan en sådan omständighet inte anses förmildrande och inverka på avgiftens storlek.

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

Servicecenter vidhåller att Avtal 2 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. För det fall kammarrätten finner att det är fråga om en självständig direktupphandling anser Servicecenter att undantagsreglerna i 4 kap. 5 § första stycket 2-3 och 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU är tillämpliga.

De ifrågasatta konsultuppdragen har omfattat en begränsad och kort övergångstid då det var helt nödvändigt att utnyttja konsultstödet. Arbetet under denna period handlade om att fasa ut konsultstödet, i takt med att möjligheter uppstod att överföra konsulternas uppdrag och deras

erfarenheter från uppbyggnadsarbetet till nyrekryterad personal. Trots att det handlade om ett personberoende konsultstöd har förvaltningsrätten gjort bedömningen att det torde ha funnits en möjlighet att genomföra en annonserad upphandling enligt LOU med tillämpning av bestämmelserna om förkortade tidsfrister. Den slutsatsen är såväl orimlig som felaktig.

Konkurrensverkets talan synes främst vara hänförlig till Regeringskansliets Ramavtal och utredningens och regeringens agerande. Detta är omständigheter som legat helt utanför Servicecenters kontroll. Servicecenter uppbär inte några anslag för sin verksamhet. En eventuell upphandlingsskadeavgift kommer ytterst att få bäras av myndighetens kunder.

Det finns inte något skäl, vare sig ur ett upphandlingsrättsligt eller något annat perspektiv, att utdöma en upphandlingsskadeavgift i nu aktuellt fall. En upphandlingsskadeavgift för Servicecenter skulle inte få den avskräckande effekt som är avsikten med avgiften. En avskräckande effekt kan endast uppstå om en myndighet förfogar över den situation som avskräckningseffekten är avsedd att påverka. Om kammarrätten skulle komma till en annan slutsats är dock sanktionsvärdet så lågt att det endast skulle kunna vara fråga om ett ringa fall. Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas (jfr Högsta förvaltningsdomstolen avgörande HFD 2014 ref. 49).

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten har genom dom denna dag i mål nr 2109-14 funnit att Servicecenters konkludenta inträde som part i avtalet med PwC efter myndighetens bildande den 1 juni 2012 inneburit att Servicecenter slutit ett självständigt avtal, Avtal 1. Avtalet har dock inte bedömts utgöra en otillåten direktupphandling med hänvisning till undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU.

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) bl.a. om myndigheten slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering (17 kap. 1 § 3 LOU). Avgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet (17 kap. 4 § LOU). Vid fastställande av avgiften 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).

Föreligger förutsättningar att påföra upphandlingsskadeavgift?

Det nu aktuella avtalet, Avtal 2, avser "Konsultstöd efter den 15 augusti" och det skriftliga kontraktet tecknades den 13 september 2012, dvs. efter det att Servicecenter hade bildats. Kammarrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning beträffande Avtal 2 än att det är fråga om ett självständigt avtal och att det inte annonserats på sätt som föreskrivits i LOU. Frågan blir härfter om det förelegat möjlighet att tillämpa någon av bestämmelserna som avser undantag från annonseringsskyldigheten.

Vad avser Avtal 2 har Servicecenter haft i vart fall två och en halv månad på sig att upphandla konsultstöd. Även om det är fråga om en förhållandevis kort tid borde myndigheten ha haft möjlighet att tillämpa reglerna om förkortade tidsfrister i LOU. Kammarrätten finner - i likhet med förvaltningsrätten - att bestämmelsen om synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU inte har kunnat tillämpas vad gäller Avtal 2. Avtalet har inte heller kunnat slutas med stöd av undantaget för kompletterande leveranser i 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU. Det föreligger därmed förutsättningar att påföra upphandlingsskadeavgift avseende Avtal 2 på grund av att en otillåten direktupphandling har skett.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

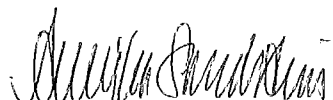
Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår bl.a. följande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 f. och 369). Domstolen har ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelsen anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften bestämmas till. Hänsyn ska tas till både försvårande och förmildrande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Det förhållandet att den som upphandlar på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

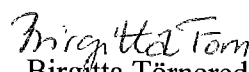
Av förarbetena framgår alltså att avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller av förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste, enligt kammarrättens mening, innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer

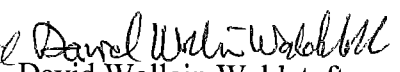
och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall (jfr rättsfallet HFD 2014 ref. 69).

Den nu aktuella upphandlingen innebär att Servicecenter genomfört en otillåten direktupphandling som avser ett förhållandevis högt värde, vilket är en försvårande omständighet. Kontraktet har dock omfattat en begränsad och kort övergångstid. Arbetet handlade om att fasa ut konsultstödet. Dessa omständigheter får anses som förmildrande. Kammarrätten instämmer också i förvaltningsrättens bedömning att utredningens agerande i viss mån har försatt Servicecenter i den aktuella situationen och att detta också får anses utgöra en förmildrande omständighet. Det finns inte heller skäl att anta att en hög upphandlingsskadeavgift medför en sådan avskräckande effekt som eftersträvas. Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten att en avgift om 100 000 kr får anses vara en tillräckligt effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Omständigheterna i målet medför inte att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften. Konkurrensverkets överklagande ska därför avslås och överklagandet från Servicecenter ska delvis bifallas.

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


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Birgitta Törnered
kammarrättsråd
referent


David Wolle Waldetoft
t.f. kammarrättsassessor
(skiljaktig mening)

Jeanette Sundqvist
föredragande

David Wollein Waldetoft är skiljaktig och anför följande.

Jag instämmer i majoritetens bedömning att det är fråga om en otillåten direktupphandling. Vad gäller bedömningen av sanktionsvärdet gör jag dock följande bedömning.

I rättsfallet HFD 2014 ref. 49 hade ett inlett upphandlingsförfarande inte kunnat avslutas som planerat på grund av omständigheter som i huvudsak låg utanför vad de upphandlande myndigheterna själva kunnat förutse och påverka. Otillåten direktupphandling hade visserligen skett, men avtalen hade tidsbegränsats och var avsedda att gälla endast till dess inköp kunde göras enligt en ny annonserad upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen fann mot den bakgrunden att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte var tillräckligt starkt för att motivera en avgift. Sanktionsvärdet bedömdes istället så lågt att det var fråga om ringa fall.

Enligt min mening finns det anledning att jämföra omständigheterna i detta mål med de i rättsfallet. Behovet av direktupphandling har enligt min mening uppstått till följd av omständigheter som legat utanför vad myndigheten, i vart fall i formell mening, kunnat förutse och påverka. Avtalet är tidsbegränsat till den tid som får antas nödvändig för att fasa ut det personberoende konsultstödet. I det faktum att det var personberoende ligger också att det knappast kunnat fullgöras av annan leverantör. Kammarrätten har även ansett att det fanns ett behov av konsultstöd i sin dom i sambandsmålet (mål nr 2109-14). Eftersom situationen dessutom är direkt hänförlig till myndighetens bildande framstår vidare behovet av att avskräcka myndigheten som mycket litet. Jag anser därför att det är fråga om ett ringa fall och att avgift därmed inte ska tas ut. Jag anser därför att förvaltningsrättens dom ska ändras och Konkurrensverkets ansökan avslås.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Anders Skåål

DOM

2014-07-28
Meddelad i
Falun

Mål nr
2191-13
2192-13

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
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
023-383 00 80

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 "lokalförserjningsfrågor" 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 förelagat. 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 Konkursverkets 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 tvångande 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 upphandlingsskadeavgift 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. Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Konkurrensverket har, ifråga om upphandlingsskadeavgiftens 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 upphandlingsskadeavgiften fastställas inom intervallet 5-10 % av det sammanlagda kontraktsvärdet. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden är en lämplig avgift 7-8 % av avtalets värde. En upphandlingsskadeavgift om de yrkade 700 000 kronorna motsvarar cirka 7,7 %. Avgiftsskyldigheten bygger på ett strikt ansvar oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligt 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 upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. I 5 § samma kapitel anges att vid fastställande av upphand-