

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Arbetsförmedlingen, 113 99 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Arbetsförmedlingen ska betala 90 000 (nittiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Arbetsförmedlingen har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att den 28 oktober 2015 ingå avtal om IT-konsulttjänster beträffande rollen kravsamordnare med Bolero Development AB (Bolero) utan föregående annonsering, se bilaga 1. Eftersom förutsättningarna för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör avtalet en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Arbetsförmedlingen har sedan år 2010 arbetat aktivt med att förbättra den digitala servicen till kunderna inom ett antal områden. I samband med IT-satsningarna har Arbetsförmedlingen anlitat konsult hjälp, bland annat genom att ingå avtal med bolaget Devoteam AB (Devoteam), sedermera Bolero¹, om tillhandahållande av viss namngiven konsult.
3. Avtalen med Devoteam avsåg perioderna
 - 23 maj 2012 - 31 december 2012, se bilaga 2,
 - 1 januari 2013 - 30 juni 2013
 - 1 juli 2013 - 31 december 2013
 - 1 januari 2014 - 30 juni 2014
 - 1 juli 2014 - 31 oktober 2014
4. Avtalen med Bolero avsåg perioderna
 - 1 november 2014 - 31 december 2014
 - 1 januari 2015 - 31 oktober 2015, se bilaga 3, samt
 - 1 november 2015 - 30 juni 2016, se bilaga 1.
5. Det är det senaste av ovan angivna avtal, ingånget den 28 oktober 2015, som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

¹ Devoteam AB förvärvades av Bolero AB i november 2014 och bytte då namn till Bolero Development AB.

Avtalet den 28 oktober 2015 är en otillåten direktupphandling

6. För att avgöra om upphandlingen ska föregås av annonsering måste avtalets värde beräknas. Enligt 15 kap. 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.
7. Arbetsförmedlingen har uppgett att det uppskattade värdet av avtalet uppgår till 1 135 530 kr. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta denna uppgift. Detta belopp utgör således avtalets kontraktsvärde.
8. För år 2015, då Arbetsförmedlingen ingick avtalet med Bolero, uppgick tröskelvärdet för statliga myndigheter vid upphandling av varor och tjänster enligt LOU till 1 169 378 kronor. Direktupphandlingsgränsen uppgick under år 2015 till 505 800 kronor.
9. Avtalsvärdet om 1 135 530 kronor överstiger därmed direktupphandlingsgränsen men ligger under tröskelvärdet. Arbetsförmedlingen skulle därför, sett till värdet av avtalet, ha annonserat upphandlingen enligt 15 kap. 4 § LOU.
10. Enligt huvudregeln i 15 kap. 4 § LOU ska upphandlande myndigheter begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Ett annonserat förfarande är en förutsättning för att alla potentiella leverantörer ska kunna konkurrera om offentliga kontrakt. Det är också genom ett annonserat förfarande som upphandlande myndigheter kan säkerställa att principerna om likabehandling, ickediskriminering och transparens i 1 kap. 9 § LOU iakttas.
11. En upphandlande myndighet får, när det gäller avtal vars värde överstiger direktupphandlingsgränsen, bara ingå avtal utan föregående annonsering när något av de särskilt angivna undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU är tillämpliga eller om det finns synnerliga skäl (15 kap. 3 § andra stycket LOU). Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.²
12. Avtalet den 28 oktober 2015 har inte föregåtts av någon annonsering enligt LOU. Som framgår av redogörelsen i punkt 3-4 ovan utgör detta avtal det senaste ledet i en lång rad avtal mellan Arbetsförmedlingen och Devoteam/Bolero. Civilrättsligt utgör det dock ett nytt köp för vilket en annonserad

² Se bl.a. EU-domstolens uttalanden i mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, punkt 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 58, mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och mål C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46. Se även förarbetsuttalanden i prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

upphandling enligt huvudregeln ska ske. Avtalet är heller inte ingånget med stöd av några optioner eller förlängningsklausuler ur tidigare avtal.³

13. De fyra sista avtalen, det vill säga avtalen som avser perioden från och med den 1 juli 2014 till och med den 30 juni 2016, har föregåtts av interna "dispensbeslut", se bilaga 4-6. Dessa interna beslut avser godkännande av direktupphandling när det antingen handlar om att förlänga avtal utan giltig förlängningsoption eller om att ingå konsultavtal utan hänsyn till de regler som finns i gällande ramavtal.

Det förelåg inte skäl att underlåta annonsering av avtalet

14. Arbetsförmedlingen har på förfrågan från Konkurrensverket uppgett att man åberopar synnerliga skäl som grund för direktupphandling av avtalet med Bolero. Arbetsförmedlingen har också uppgett att samtliga projekt var satta med snäva tidsplaner, vilket ställde krav på att arbetet utfördes snabbt och kontinuerligt. Man har inte lyckats rekrytera personal i den utsträckning som önskats, vilket ledde till ett behov av att förlänga befintliga avtal med konsulter. Om konsultavtalen inte hade förlängts skulle projekten ha försenats och viktiga kunskaper kunnat gå förlorade. Arbetsförmedlingen har också uppgett att konsulter ofta byts ut, vilket medfört ett behov av att säkra kvarvarande kompetens genom att förlänga befintliga konsultavtal.
15. Uttrycket synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall. I lagens förarbeten anges att regeln är avsedd främst för oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling.⁴ Såsom anges i förarbetena överlappar uttrycket synnerliga skäl vad som avses med synnerlig brådska enligt 4 kap. 5 § 3 LOU. För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det är *absolut nödvändigt* att tilldela kontraktet i fråga samt att den uppkomna tidsnöden *inte kunnat förutses* av den upphandlande myndigheten. I SOU 2013:12 s. 366-368 anges att "[i] praxis ställs höga krav på en upphandlande myndighets eller enhets planering och organisation" och att "[p]raxisen på området är tämligen strikt".⁵ Kammarrätten i Sundsvall har i domar i mål om upphandlingsskadeavgift uttalat att undantaget för synnerlig brådska avser extraordinära situationer och att omständigheterna inte i något fall får vara att hänföra till

³ Det föregående avtalet, som avsåg perioden 1 januari 2015 - 31 oktober 2015, saknade möjlighet till förlängning, se bilaga 3.

⁴ Se prop. 2009/10:180, sid 344 f.

⁵ Se EU-domstolens avgöranden i mål C-107/92 *Kommissionen mot Italien*, mål C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland* och mål C-385/02 *Kommissionen mot Italien*. Se även prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 del 1 s. 429 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 198 och 344 f.

de upphandlande enheterna. Att en omständighet inte har kunnat förutses innebär att den närmast ska ha karaktären av force majeure.⁶

16. Konkurrensverket noterar att det första avtalet med Bolero ingicks år 2012. Arbetsförmedlingen har därefter tecknat sju på varandra följande avtal utan föregående annonsering. De fyra sista avtalen föregicks av interna dispensbeslut, där direktupphandling av Boleros konsult godkändes. De omständigheter som förelåg vid tidpunkten för avtalsingåendet var därför väl kända för Arbetsförmedlingen sedan åtminstone våren 2014. Konkurrensverket bedömer att det direktupphandlade avtalet främst är en följd av Arbetsförmedlingens egen bristande planering, varför undantagen för synnerliga skäl eller synnerlig brådska inte är tillämpliga.
17. Konkurrensverket bedömer vidare att de skäl som Arbetsförmedlingen anfört inte kan anses utgöra så kallade tekniska skäl. Enligt 4 kap 5 § första stycket 2 LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som av tekniska skäl kan fullgöras endast av en viss leverantör. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs att två kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen att de egenskaper som upphandlas är av teknisk karaktär och att det, mot bakgrund av dessa är *absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag* kontraktet. Endast den omständigheten att arbeten påstås vara komplicerade och vanskliga räcker inte för att visa att de uteslutande kan anförtros en enda leverantör. Att en viss lösning är komplicerad eller svår räcker inte för att visa att arbetet av tekniska skäl bara kan anförtros en enda leverantör. Det är inte heller tillräckligt att visa att kontraktet skulle komma att utföras mest effektivt, snabbast eller billigast av en viss utpekad leverantör. I stället krävs i princip att den tilltänkta leverantören är den enda som, på objektiva grunder och med hänsyn till de tekniska egenskaperna, kan fullgöra det aktuella kontraktet.⁷
18. Konkurrensverket noterar att avtalet avser tjänsten kravsamordnare. Sådana tjänster upphandlas i stor utsträckning genom ramavtal och kan tillgodoses av ett flertal leverantörer på marknaden. Utrymmet för att åberopa undantaget för tekniska skäl är som framgått ovan mycket begränsat. Enbart det faktum att en viss konsult arbetat i ett projekt under lång tid, och därmed upparbetat särskild kännedom om projektet, är enligt Konkurrensverkets

⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls domar den 26 augusti 2015 i mål nr 3208-14 och mål nr 3209-14. Domarna överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, som inte meddelade prövningstillstånd, mål nr 5578–5579-15.

⁷ Se t.ex. mål C- 57/94 Kommissionen mot Italien, mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, mål C-337/05 Kommissionen mot Italien och de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland.

uppfattning inte tillräckligt för att undantaget ska kunna tillämpas. Det som krävs är att det ska vara uteslutet att någon annan kan utföra arbetet.

19. Konkurrensverket anser sammanfattningsvis att undantagen för synnerliga skäl, tekniska skäl eller synnerlig brådska inte är tillämpliga. Det har inte heller framkommit omständigheter som talar för att något annat undantag från annonseringsskyldigheten har varit tillämpligt. Arbetsförmedlingens avtal med Bolero utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

20. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 3 LOU). Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.⁸
21. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

22. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. En ansökan får dock inte göras innan tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har löpt ut (17 kap. 7 § LOU).
23. Det avtal som ansökan gäller är undertecknat av parterna den 2 oktober 2015 och den 28 oktober 2015. Ett bindande avtal har därmed uppkommit den 28 oktober 2015.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

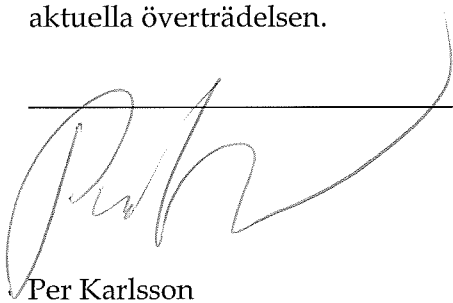
24. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 15 kap. 3 a § LOU (se 17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰ Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 135 530 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 113 553 kronor.

⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och s. 368.

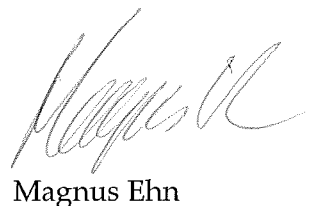
⁹ A prop. s. 196–197.

¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

25. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är (17 kap. 5 § LOU). Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹¹
26. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹² Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹³
27. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling. Sanktionsvärdet ska redan mot denna bakgrund anses vara högt. Det rör sig också om en klar och tydlig överträdelse. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Magnus Ehn

¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

¹² A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹³ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal mellan Arbetsförmedlingen och Bolero avseende konsulttjänster för perioden 1 november 2015 – 30 juni 2016
- Bilaga 2 Avtal mellan Arbetsförmedlingen och Devoteam avseende konsulttjänster för perioden 23 maj 2012 – 31 december 2012
- Bilaga 3 Avtal mellan Arbetsförmedlingen och Bolero avseende konsulttjänster för perioden 1 januari 2015 – 31 oktober 2015
- Bilaga 4 Dispensansökan för direktupphandling avseende avtal med Bolero för avtalsperioden 2014-07-01--2014-10-31
- Bilaga 5 Dispensansökan för direktupphandling avseende avtal med Bolero för avtalsperioden 2014-11-01--2015-10-31
- Bilaga 6 Dispensansökan för direktupphandling avseende avtal med Bolero för avtalsperioden 2015-11-01--2016-06-30