

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 150 000 (etthundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Arbetsförmedlingen har brutit mot 7 kap. 1 § LOU genom att den 1 november 2015 ingå avtal om IT-konsulttjänster, inom kompetensområdet systemutvecklare/systemarkitekt med byBrick AB (byBrick) utan föregående annonsering, se bilaga 1. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades, utgör detta avtal en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Arbetsförmedlingen har sedan år 2010 arbetat med att förbättra den digitala servicen till kunderna. I samband med dessa IT-satsningar har Arbetsförmedlingen anlitat konsulthjälp, bland annat genom att ingå en serie avtal med bolaget byBrick om tillhandahållandet av en viss namngiven konsult.
3. Avtalen med byBrick har avsett perioderna
 - 1 september 2011 - 31 december 2011, se bilaga 2,
 - 1 januari 2012 - 30 juni 2012
 - 1 juli 2012 - 31 december 2012
 - 1 januari 2013 - 31 december 2013
 - 1 januari 2014 - 30 juni 2014
 - 1 juli 2014 - 31 oktober 2014
 - 1 november 2014 - 31 december 2014
 - 1 januari 2015 - 31 oktober 2015, se bilaga 3, samt
 - 1 november 2015 - 31 oktober 2016, bilaga 1.
4. Det är det senast ingångna av ovan angivna avtal som är föremål för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Avtalet den 1 november 2015 är en otillåten direktupphandling

5. För att avgöra om upphandlingen ska föregås av annonsering måste avtalets värde beräknas. Av 3 kap. 3 § LOU följer att värdet av ett kontrakt ska beräknas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Av avtalet

från den 1 november 2015 framgår att kostnaden för det arbete som konsulten ska utföra under avtalsperioden får uppgå till maximalt 1 745 030 kr.¹ Detta belopp utgör således avtalets kontraktsvärde.

6. För år 2015, då Arbetsförmedlingen ingick avtalet med byBrick, 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.
7. Kontraktsvärdet överstiger därmed såväl direktupphandlingsgränsen som tröskelvärdet för varor och tjänster. Arbetsförmedlingen skulle därför, sett till värdet av avtalet, ha annonserat upphandlingen enligt 7 kap. 1 § LOU.
8. Enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna anbud. För att ett avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt.² Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.³
9. Avtalet den 1 november 2015 har inte föregåtts av någon annonsering enligt LOU. Som framgår av redogörelsen i punkt 3 ovan utgör detta avtal det senaste ledet i en lång rad avtal mellan Arbetsförmedlingen och byBrick. Civilrättsligt utgör det dock ett nytt köp för vilket en annonserad upphandling enligt huvudregeln ska ske. Avtalet är heller inte ingånget med stöd av några optioner eller förlängningsklausuler ur tidigare avtal.⁴
10. Det kan upplysas att avtalet från den 1 november 2015 föregicks av ett "dispensbeslut". Även det avtal som avsåg tidsperioden 1 januari 2014 - 30 juni 2014 föregicks av ett sådant beslut. Innebörden av dessa dispensbeslut, som meddelats internt inom Arbetsförmedlingen, är att de tillåter direktupphandlingar och medger avsteg från tidigare beslut om att konsultförhållandet skulle avvecklas.⁵ Dessa beslut avser godkännande av direktupphandling när det antingen handlar om att förlänga avtal utan giltig

¹ Se bilaga 1, § 5.

² Se 4 kap. 5-9 §§ LOU.

³ Se bland annat 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.

⁴ Det avtal mellan Arbetsförmedlingen och byBrick som föregick det avtal som denna ansökan avser löpte ut den 31 oktober 2015 utan möjlighet till förlängning, se bilaga 3.

⁵ Se bilagorna 4 och 5.

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

11. Som skäl för att ingå avtalet utan föregående annonsering har Arbetsförmedlingen angett bl.a. följande. Samtliga projekt var satta med snäva tidsplaner, vilket ställde krav på att arbetet utfördes snabbt och kontinuerligt. Avsikten var att byBricks konsult skulle fasas ut genom rekrytering och kompetensöverföring till egna anställda eller till andra konsulter som fanns anlitade på giltiga ramavtal. Detta gick inte att genomföra, varför man förlängde avtalet med byBricks konsult för att inte förlora all förvärvad kompetens om de förvaltade systemen.
12. 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.⁶
13. Konkurrensverket noterar att avtalet avser tjänsten systemutvecklare/systemarkitekt. 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 uppfattning inte tillräckligt för att undantaget ska kunna tillämpas. Det som krävs är att det ska vara uteslutet att någon annan kan utföra arbetet.

⁶ 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.

14. För att undantaget för synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs enligt 4 kap. 5 § 3 LOU 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".⁷ Även svenska domstolar har tolkat tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska på detta sätt. Kammarrätten i Sundsvall har i domar i mål om upphandlingsskadeavgift uttalat bland annat att undantaget för synnerlig brådska avser extraordinära situationer och att omständigheterna inte i något fall får vara att hänföra till de upphandlande enheterna. Att en omständighet inte har kunnat förutses innebär enligt kammarrätten att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.⁸
15. Det första avtalet med byBrick ingicks år 2011. Arbetsförmedlingen har därefter tecknat ytterligare åtta på varandra följande avtal utan föregående annonsering. Av dispensansökan framgår att den dåvarande IT-chefen som godkände en direktupphandling 2014 hade ställt som villkor för den otillåtna direktupphandlingen att en avvecklingsplan för byBricks konsult skulle genomföras senast den 30 september 2014.⁹ Mot bakgrund av det nu anförda har det rimligen varit möjligt för Arbetsförmedlingen att i god tid förutse den situation och de omständigheter som angetts som skäl för att ingå avtalet med byBrick den 1 november 2015 utan föregående annonsering.
16. Konkurrensverket anser sammanfattningsvis att undantagen för 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 byBrick utgör därför en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

17. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala 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

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ Se bilaga 4, sid. 5.

gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en överträdelse.¹⁰

18. 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.¹¹

Tidsfristen för Konkurrensverkets ansökan

19. 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).
20. Det avtal som ansökan gäller avser utförande av tjänster under perioden den 1 november 2015 till den 31 oktober 2016. Avtalet är undertecknat av Arbetsförmedlingen den 13 november 2015 medan byBricks signatur saknar datering. Konkurrensverket anser att ett bindande avtal i vart fall inte har ingåtts före den 1 november 2015.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

21. 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 3 kap. 3 och 4 §§ LOU (se 17 kap. 4 § LOU). Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 745 030 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 174 503 kronor.
22. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (17 kap. 5 § LOU). Avgiftens 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.¹²
23. 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

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

¹¹ A prop. s. 196–197.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369–370.

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.¹³ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁴

24. 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. Avtalet har föregåtts av en serie avtal angående samma kontraktsföremål, som inte konkurrensutsatts. Därtill har Arbetsförmedlingen den 28 oktober 2015 gjort en otillåten direktupphandling av ett annat konsultavtal.¹⁵ Det föreligger således en försvårande omständighet i form av upprepat beteende. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 150 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Per Karlsson



Magnus Ehn

¹³ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁴ 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.

¹⁵ Se Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift (KKV dnr 589/2016) som ingetts tillsammans med denna ansökan.

Bifogas

- Bilaga 1 Avtal mellan Arbetsförmedlingen och byBrick för perioden 1 november 2015 – 31 oktober 2016
- Bilaga 2 Avtal mellan Arbetsförmedlingen och byBrick för perioden 1 september 2011 – 31 december 2011
- Bilaga 3 Avtal mellan Arbetsförmedlingen och byBrick för perioden 1 januari 2015 – 31 oktober 2015
- Bilaga 4 Dispensansökan avseende direktupphandlingsavtal med byBrick för avtalsperioden 2015-11-01 – 2016-10-31
- Bilaga 5 Dispensansökan avseende direktupphandlingsavtal med byBrick för avtalsperioden 2014-01-01 – 2014-06-30