



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Föredraganden
Antonia Eriksson

DOM
2017-12-15
Meddelad i Falun

Mål nr
5028-17

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Statens Servicecenter
FE 15
801 71 Gävle

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Statens Servicecenter ska betala 750 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Dok.Id 208191

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	023-383 00 80	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Regeringen beslutade i november 2010 att tillsätta en organisationsutredning för att förbereda bildandet av ett myndighetsgemensamt servicecenter med uppdrag att erbjuda tjänster inom i första hand ekonomi och personaladministration till statliga myndigheter. Myndigheten fick senare namnet Statens Servicecenter och skulle inleda sin verksamhet den 1 juni 2012.

I december 2010 gjorde utredningen ett avrop från regeringens ramavtal (Avtal 2010) från PwC som avsåg konsulttjänster inom dels lokalförserjningsfrågor, dels strategiska frågor m.m. avseende företag och andra juridiska personer med statligt ägande. Ramavtalet löpte ut den 31 mars 2011. Enligt ramavtalsavropet skulle PwC utföra tjänster åt utredningen i två etapper. Som ett tillägg till etapperna fanns en möjlighet (option) att använda konsultstöd efter det att etapp två avslutats.

Den 30 maj 2012 träffade utredningen en överenskommelse med PwC om att konsultstöd som Servicecenter inledningsvis skulle kunna använda sig av. Detta innebar att Servicecenter tog PwC:s konsultstöd i anspråk när verksamheten inleddes den 1 juni 2012. PwC utförde sedan tjänster åt Servicecenter t.o.m. den 30 november 2012.

Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Falun att om att Servicecenter enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) skulle betala en upphandlingsskadeavgift på 750 000 kr på grund av att Servicecenter genom att ingå avtal med PwC genomfört en otillåten direktupphandling. Servicecenter motsatte sig bifall till ansökan och anförde att avtalet mellan Servicecenter och PwC inte var ett fristående avtal. För de fall avtalet skulle anses vara ett fristående avtal har det inte förelegat någon annonseringsskyldighet på grund av synnerlig brådska som inte kunnat förutses och legat utanför Servicecenters kontroll. Om inte Servicecenter hade nyttjat konsultstödet hade myndigheten bl.a. inte kunnat utföra löneutbetalningar och fakturabetalningar för flera större statliga myndigheter.

Förvaltningsrätten avslog ansökan om upphandlingsskadeavgift den 28 juli 2013 (mål nr 2191-13) med motiveringen att avtalet, trots att det slutits utan föregående annonsering, varit absolut nödvändigt för att säkerställa löneutbetalningar. Förvaltningsrätten fann också att det förelåg synnerligen brådskande med hänsyn till att Servicecenter bildades den 1 juni 2012. Brådskan ansågs vara orsakad av omständigheter som kunde förutses av myndigheten.

Konkurrensverket överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Sundsvall, som den 7 juli 2016 (mål nr 2109-14) avslog överklagandet. Kammarrätten ansåg att det framstod som uppenbart att det varit omöjligt för Servicecenter att hålla de tidsfrister för annonsering som gäller i olika upphandlingsförfaranden. Den synnerliga brådskande som förelåg orsakades av omständigheter som inte kunde förutses och det ansågs ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Det måste också ha ansetts vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet.

Konkurrensverket överklagade kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen som den 15 november 2017 (mål nr 4575-15) upphävde underinstansernas domar och återförvisade målet till förvaltningsrätten. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade att optionen inte kan betraktas som ett på ramavtalet grundat avrop utan måste anses vara av organisationsutredningen direktupphandlade konsulttjänster. Eftersom kostnaderna för tjänsterna översteg det aktuella tröskelvärdet förelåg det enligt 7 kap. 1 § LOU en skyldighet att annonsera om inte förutsättningarna för att tillämpa undantaget om synnerligen brådskande i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU var uppfyllda. Högsta förvaltningsdomstolen bedömde att det saknats förutsättningar att för denna bestämmelse och upphävde därför underinstansernas avgöranden. Frågan om talan på annan grund skulle lämnas utan bifall, liksom i förekommande fall om upphandlingsavgiftens storlek återförvisades till förvaltningsrätten för ny handläggning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Inledning

Servicecenter har i sitt slutförande av talan i förvaltningsrätten anfört att det förhållandet att Servicecenter inte ingick avtalet innebär att det inte finns skäl att inte påföra avgiften. Högsta förvaltningsdomstolen har bedömt att organisationsutredningen direktupphandlat konsulttjänster för Servicecenters räkning. Servicecenter inträdde i avtalet efter att organisationsutredningen avvecklades. De tjänster som utgör grunden för yrkandet om upphandlingsskadeavgift är sådana tjänster som Servicecenter tagit i anspråk vid myndighetens tillkomst och som syftar till att stödja verksamheten i ett inledningsskede. Högsta förvaltningsdomstolen har därför bedömt att upphandlingen får anses röra Servicecenters verksamhetsområde på ett sådant sätt att myndigheten i enlighet med myndighetsförordningen företräder staten i frågor som rör upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att frågan om Servicecenter kan påföras avgiften redan är utredd.

Undantag från annonseringsskyldigheten

Av 17 kap. 1 § första stycket 3 LOU framgår att en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om myndigheten har sluttat avtal med leverantör utan föregående annonsering enligt bl.a. 7 kap. 1 § LOU. Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet är skyldig att annonsera en upphandling om inget annat följer av 4 kap. 5-8 §§.

Förvaltningsrätten har således att pröva om någon annan av undantagen än det om synnerligen brådskande, som redan har prövats av Högsta förvaltningsdomstolen, i 4 kap. 5 § 3 är tillämpliga och att Servicecenter på annan grund inte varit skyldiga att annonsera upphandlingen.

Det undantag som kan vara aktuellt är undantaget i 4 kap. 8 § LOU. En förutsättning för att undantaget ska vara tillämplig är att de omständigheter som tillkommit har varit oförutsedda. Högsta förvaltningsdomstolen har bedömt att regeringens beslut om när Servicecenter skulle inleda sin verksamhet må ha satt myndigheten under press, men kan inte betraktas som en oförutsedd omständighet som kan berättiga till avsteg från de krav lagen ställer på hur en offentlig upphandling ska gå till. Mot denna bakgrund är undantaget inte tillämpligt. Övriga undantag i 4 kap. 5-8 §§ är inte tillämpliga eftersom de bl.a. rör varukontrakt. Servicecenter måste därför ha ansetts vara skyldiga att annonsera upphandlingen. Det saknas således förutsättningar att avslå Konkurrensverkets med hänvisning till att det inte skulle ha funnits någon skyldighet att annonsera upphandlingen.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiftens storlek uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska en avgift inte beslutas. Om det finns synnerliga skäl får avgiften efterges.

Vad parterna anfört

Konkurrensverket har gjort gällande att överträdelsen inte kan betraktas som ringa. Det är enbart i sällsynta fall som den otillåten direktupphandling inte ska leda till någon upphandlingsskadeavgift överhuvudtaget. Utrymmet för detta är ytterst begränsat, vilket också understryks i förarbeten. I förarbetena framgår att avgiftsskyldigheten bygger på ett strikt ansvar vilket per definition innebär att avgift kan utgå oberoende av om överträdelsen skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Konkurrensverket ställer sig därför frågande till Servicecenters påstående att myndigheten inte haft någon anledning att anta att köpen skulle strida mot upphandlingslagstiftningen. Det

förutsätts även att upphandlande myndigheter har ”god kännedom om upphandlingsreglerna” varför okunskap om gällande rätt inte kan inverka förmildrande på sanktionsvärdet. Utrymmet för att en upphandlande myndighet ska undgå att betala en upphandlingsskadeavgift torde vara mindre när det gäller eftergift än vid ringa fall av överträdelser. Eftergift kräver att synnerliga skäl föreligger. De situationer som åsyftas är sådana där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut eftergiften, exempelvis vid en direktupphandling som är nödvändig för att rädda människors liv och hälsa. Möjligheten att medge eftergift är således en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas i annat än rena undantagsfall.

Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsskadeavgiftens storlek beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter som kan inverka sänkande eller höjande. Avtalets värde som utgångspunkt vid beräkning av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för system med sanktionsavgifter i svensk rätt, som också hänvisas till i förarbetena, där lagstiftaren har framhållit att avgiftsbeloppet så långt som möjligt bör kunna utgå från ett mätbart moment i överträdelsen som gör det möjligt att förutse hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet ofta kan anses vara högt. En upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling bör således ligga i den övre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. Konkurrensverket har beräknat avtalets värde till 10 380 000 kr. En upphandlingsskadeavgift om 750 000 kr utgör cirka 7,3 procent av avtalets värde. Den yrkade avgiften är enligt Konkurrensverkets mening vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i förevarande ärende en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Servicecenter har gjort gällande att överträdelsen bör ses som ringa. Organisationsutredningen bildade Servicecenter på knappt sju månader. Det fanns under tiden inga möjligheter att fullt ut bemanna myndigheten bl.a. eftersom det först i slutskedet gick att identifiera kraven på flera av chefs- och nyckelrollerna. Myndigheten var den 1 juni 2012 i en situation där nya system, processer, systemuppkopplingar, personal, finansieringsmodell och kundsamverkansmodeller skulle tas i drift samtidigt. Det fanns ingen möjlighet att ta dessa nyheter i drift utan konsultstödet från PwC. Det fanns inte andra än PwC:s konsulter som hade tillräcklig erfarenhet av eller kunskap om de nya IT-system, verksamhetsprocesser, tjänster, kundrelationer, finansieringsmodeller etc. som konsulterna hade arbetat fram. Myndigheten hade inte kunnat starta den 1 juni 2012 och under ett initialt skede driva verksamheten utan konsulterna på PwC. Det hade t.ex. inte gått att fullfölja de överenskommelser om utbetalning av löner och betalning av fakturor som utredningen hade träffat med bl.a. Skatteverket, Försäkringskassan, Kronofogdemyndigheten och Pensionsmyndigheten, vilket hade inneburit dramatiska konsekvenser. Det var inte heller fråga om nya projekt från PwC:s sida, utan om en fortsättning på och avslutande av gamla projekt som påbörjats av Servicecenter. Det kan inte uteslutas att avslutande av kontraktet skulle ha kunnat utlösa skadeståndsskyldighet.

Enligt förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift ska bl.a. sådana omständigheter som att rättsläget kan vara oklart när det gäller förutsättningarna för att genomföra direktupphandlingar beaktas. Om upphandlande myndigheter fortsätter att köpa varor eller tjänster från ett avtal som löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås pga. en pågående överprövningsprocess bör också sanktionsvärdet anses lågt. Ett tänkbart exempel på fall då avgiften bör kunna efterges är efter direktupphandlingar som inte riktigt anses nå upp till kravet på synnerliga skäl. Den regeln är främst avsedd för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten

själv inte kunnat råda över. Det är uppenbart att regeringen gjort en annan tolkning av förutsättningarna för utredningen att sluta avtal för Servicecenters räkning. Frågan måste anses vara svårbedömd vilket gör en eventuell överträdelses sanktionsvärde låg. Det har varit oklara rättsfrågor vad avser t.ex. tillämpningen av undantagsregeln för synnerligen brådska. Det är först genom Högsta förvaltningsdomstolens dom som den oklara rättsfrågan har fått sitt svar. Det är också först genom Högsta förvaltningsdomstolens dom som det klarlagts att organisationsutredningen slöt ett direktupphandlat avtal med PwC. Skälen till att Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att avtalet utgjorde ett direktupphandlat kontrakt var att optionen i det ursprungliga avropsavtalet var alltför vag och otydlig. Det upphandlingsfel som organisationsutredningen eventuellt skulle kunna ha gjort sig skyldig till var alltså att formulera avropsavtalet på ett alltför vagt sätt och inte att kringgå annonseringskravet. Rättsläget avseende ändrings- och optionsklausuler har förtydligats i 2016 års LOU varför denna fråga har fått minskad kausalitet.

Det föreligger inte heller sådana omständigheter som enligt förarbetena ska anses vara klandervärda, dvs. upprepade förseelser, utnyttjande av avtal som löpt ut eller förklarats ogiltiga, medvetna kringgåenden av upphandlingslagstiftningen. Det har förflutit fem och ett halvt år sedan optionen nyttjades. Upphandlingsskadeavgiftens handlingsdirigerande syfte har inte någon relevans i det här fallet eftersom upphandlingsfelet gjordes av organisationsutredningen, som är fristående från Servicecenter.

Mot bakgrund av samtliga dessa omständigheter är en sådan avskäckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte tillräckligt stark för att motivera en avgift i en situation som den förevarande.

Förvaltningsrättens bedömning

Utrymmet för att anse att en överträdelse ska anses vara ringa är ytterst begränsat och ska enbart tillämpas i sällsynta fall. Ett tänkbart exempel skulle kunna röra direktupphandlingar som inte riktigt anses nå upp till kravet på synnerliga skäl i 15 kap. 3 § andra stycket LOU. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på sin egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. De kan dock tänkas att en upphandlande myndighet på grund av eget agerande hamnat i en situation där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla exempelvis för att människors liv och hälsa annars skulle riskeras. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen (prop. 2009/10:180 s. 198-199 och 370).

Organisationsutredningen slöt avtalet med PwC för Servicecenters räkning, vilket Högsta förvaltningsdomstolen bedömt som en direktupphandling. Eftersom förutsättningarna för att underlåta att annonsera upphandlingen inte varit uppfyllda är avtalet att betrakta som en otillåten direktupphandling. Med beaktande av att det enbart är i sällsynta fall som en överträdelsen kan anses vara ringa är det förvaltningsrättens bedömning att avgiften inte kan sättas ner helt. Enligt domstolens mening kan ett uttagande av en avgift inte heller anses vara orimlig eller stötande. Den kan således inte heller efterges på grund av synnerliga skäl. Förvaltningsrätten har därför att ta ställning till upphandlingsavgiftens storlek.

Vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek har domstolen stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheten inom ramen för upphandlingsavgiftens syfte. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen är,

desto högre belopp bör avgiften 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. Avtalets längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. En lång avtalstid och ett högt kontraktsvärde måste antas medföra en större skada för andra potentiella leverantörer jämfört med mindre omfattande avtal. 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. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. ett upprepat beteende från myndigheten att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter. Det förhållande att den som upphandlar på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet, exempelvis om det aktuella avtalet tidigare ogiltigförklarats av domstol. Vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska även läggas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna (prop. 2009/10:180 s. 197f samt HFD 2014 ref. 69).

Avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan varken av lagtext eller i förarbeten utläsas att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste 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 garverande fall (HFD 2014 ref. 69).

Det i målet aktuella avtalet var en otillåten direktupphandling, vilket är en av de allvarligaste överträdelserna. Avtalet har inte heller tidigare ogiltigförklarats i domstol, varför Servicecenter inte redan kan anses ha drabbats negativt. Detta påverkar därför upphandlingskadeavgiften höjande. Kontraktsvärdet om 10 380 000 kr kan dock inte anses vara ett högt kontraktsvärde, vilket motiverar att en alltför hög avgift inte kan dömas ut (jfr HFD 2014 ref. 69). Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning av såväl de försvårande som förmildrande omständigheterna som framkommit i målet att den yrkade avgiften om 750 000 kr är en tillräckligt effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Konkurrensverkets ansökan ska således bifallas.

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

Lennart Andersson
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.