



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2017-02-14

Meddelad i Stockholm

Mål nr

23032-16

SÖKANDE

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART

Arbetsförmedlingen
Juridiska avdelningen
113 99 Stockholm

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KONKURRENSVERKET	
2017-02-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Arbetsförmedlingen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor.

Dok.Id 800841

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ska besluta att Arbetsförmedlingen ska betala 90 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bl.a. följande. 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 utan föregående annonsering. Avtalet är det senaste ledet i en lång rad avtal mellan Arbetsförmedlingen och Devoteam AB (sedermera Bolero Development AB) och är inte ingånget med stöd av några optioner eller förlängningsklausuler ur tidigare avtal. Kontraktsvärdet uppgick till 1 135 530 kr och överstiger därmed direktupphandlingsgränsen, men ligger under tröskelvärdet. Arbetsförmedlingen skulle därför ha annonserat upphandlingen enligt 15 kap. 4 § LOU. Arbetsförmedlingen har uppgett att man åberopar synnerliga skäl som grund för direktupphandlingen. 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. Såsom anges i förarbetena överlappar uttrycket synnerliga skäl med vad som avses ned synnerlig brådska i 4 kap. 5 § 3 LOU. För att undantaget synnerlig brådska ska vara tillämpligt krävs att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet i fråga samt att den uppkomna tidsnöden inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Konkurrensverket bedömer att det direktupphandlande avtalet främst är en följd av Arbetsförmedlingens egen bristande planering, varför undantagen för synnerliga skäl eller synnerlig brådska inte är tillämpliga. Konkurrensverket bedömer vidare att de skäl som Arbetsförmedlingen anfört inte kan anses utgöra s.k. tekniska skäl. För att detta undantag

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. Avtalet avser tjänsten kravsamordnare. Sådana tjänster upphandlas i stor utsträckning genom ramavtal och kan tillgodoses av flera leverantörerna på marknaden. 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. 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 är en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kr en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Arbetsförmedlingen anför bl.a. att Arbetsförmedlingen vitsordar de omständigheter Konkurrensverket anført i sak och överlämnar målet till förvaltningsrätten för prövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Av 15 kap. 3 och 4 §§ LOU framgår bl.a. följande. En offentlig upphandling ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktsvärdet uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud

genom annons i en elektrisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Av 15 kap. 3 a § LOU framgår bl.a. att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

Av 4 kap. 5 § första stycket 2 och 3 LOU framgår bl.a. följande. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som av tekniska skäl kan fullgöras endast av en viss leverantör eller 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.

Av 17 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndig har slutit avtal med en leverantör bl.a. utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU.

Enligt 17 kap. 4 § första stycket LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställandet 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.

*Förvaltningsrättens bedömning*Har Arbetsförmedlingen genomfört en otillåten direktupphandling?

Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av vad Konkurrensverket anfört och det som i övrigt framkommer av handlingarna i målet, att det ingångna avtalet mellan Arbetsförmedlingen och Bolero Developement AB är att betrakta som en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten har vid denna bedömning gjort följande överväganden.

Kontraktsvärdet för det ingångna avtalet överstiger direktupphandlingsgränsen, men når inte upp till tröskelvärdet. Det föreligger således, i normalfallet, en skyldighet att enligt 15 kap. 4 § LOU annonsera upphandlingen. Från denna skyldighet finns ett flertal undantag. I förevarande mål är det främst undantagen i 15 kap. 3 § (*synnerliga skäl*) och 4 kap. 5 § 2 (*tekniska skäl*) och 3 (*synnerlig brådska*) som är aktuella.

Synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § LOU kan exempelvis finnas om det har uppkommit synnerlig brådska att ingå avtalet. Detta förutsätter i sin tur att det är fråga om en tidsnöd orsakad av omständigheter som myndigheten inte kunnat råda över. Synnerliga skäl överlappar på detta sätt grunden *synnerlig brådska* i 4 kap. 5 § 2 LOU. Synnerliga skäl kan även föreligga t.ex. om det är fråga om vissa allmännyttiga tjänster där avbrott i verksamheten skulle få alltför långtgående konsekvenser för allmänheten. *Tekniska skäl* kan föreligga om det är fråga om en upphandling där de egenskaper som upphandlas är av teknisk karaktär och det mot bakgrund av dessa är absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontrakt. Samtliga dessa undantag ska enligt praxis tillämpas restriktivt.

Förvaltningsrätten instämmer i Konkurrensverkets bedömning att dessa undantag inte är tillämpliga i det aktuella målet. Det aktuella avtalet har

avsett upphandling av kravsamordnare. På marknaden finns ett stort antal leverantörer som kan tillhandahålla denna kompetens och Arbetsförmedlingen har inte visat att det av tekniska skäl har varit absolut nödvändigt att tilldela det aktuella företaget kontraktet. Därmed föreligger inte *tekniska skäl* för att underlåta annonsering. Inte heller har det framkommit att det har förelegat *synnerlig brådska* eftersom den tidsnöd som eventuellt kan anses ha uppkommit, har uppkommit på grund av Arbetsförmedlingens eget agerande. Inte heller kan kontraktsföremålet anses ha sådan betydelse för allmänheten att ett avbrott i verksamheten skulle få långtgående konsekvenser för allmänheten eller att det på annat grund skulle föreligga *synnerliga skäl*. Mot bakgrund av detta, samt mot bakgrund av att det inte framkommit att något annat undantag från annonseringsskyldigheten skulle vara tillämpligt i målet, har Arbetsförmedlingen genomfört en otillåten direktupphandling.

Ska Arbetsförmedlingen åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift?

Förvaltningsrätten anser att Arbetsförmedlingen, mot bakgrund av den otillåtna direktupphandlingen, ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kr. Förvaltningsrätten har därvid beaktat följande.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Hänsyn ska tas till både förmildrande och försvårande omständigheter. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelserna kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelserna anses mindre allvarliga. Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdel-

serna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Upprepat beteende bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (se prop. 2009/10:180 s. 196 f och s. 369 f).

Enligt förvaltningsrättens mening är Arbetsförmedlingens överträdelse inte att anse som ringa och det föreligger inte synnerliga skäl för att efterge avgiften. När det gäller avgiftens storlek noterar rätten särskilt att Arbetsförmedlingen under lång tid har ingått flera avtal med det aktuella företaget utan konkurrensutsättning. Det har inte framkommit någon förmildrande omständighet som motiverar en lägre avgift. Förvaltningsrätten finner vid en samlad bedömning att en avgift om 90 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Marcus Agnvall
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Janne Kunnas har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd 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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.