

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
4575-15

meddelad i Stockholm den 15 november 2017

KLAGANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Statens servicecenter
FE-15
801 71 Gävle

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 juli 2015 i mål nr 2109-14

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår Konkurrensverkets yrkande om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och visar målet åter till Förvaltningsrätten i Falun för ny handläggning i enlighet med vad som sägs under rubriken Skälen för avgörandet – Sammanfattning.

Dok.Id 182391

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Enligt lagstiftningen om offentlig upphandling ska en myndighet som regel annonsera en upphandling innan någon tilldelas ett kontrakt. En myndighet som bryter mot annonseringskravet kan påföras upphandlingsskadeavgift. I vissa speciella situationer får dock en upphandlande myndighet utan föregående annonsering använda ett s.k. förhandlat förfarande, dvs. myndigheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar med en eller flera av dem. Detta får bl.a. ske om det är absolut nödvändigt att tilldela någon ett kontrakt men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller för ett förfarande med föregående annonsering.

Regeringskansliet ingick 2007 ett ramavtal med konsultföretaget PwC, som avsåg konsulttjänster inom uppdragsområdena lokalförsörjningsfrågor och strategiska frågor m.m. avseende företag och andra juridiska personer med statligt ägande. Inom ramen för avtalet kunde Regeringskansliet samt ”kommittéer och myndigheter under Regeringskansliet” teckna avtal om (avropa) sådana tjänster. Giltighetstiden för ramavtalet löpte ut den 31 mars 2011.

Regeringen beslutade i november 2010 att tillsätta en s.k. organisationsutredning för att förbereda bildandet av ett myndighetsgemensamt servicecenter med uppdrag att erbjuda tjänster inom i första hand ekonomi och personal-administration till statliga myndigheter. En sådan utredning utgör en egen myndighet som i administrativt hänseende är kopplad till Regeringskansliet.

I december 2010 gjorde utredningen ett avrop från ramavtalet med innebörden att PwC skulle utföra tjänster åt utredningen i två etapper. I avropsavtalet angavs även att det som ett tillägg till de två etapperna fanns en möjlighet (option) att använda konsultstöd efter det att etapp två genomförts.

I november 2011 beslutade regeringen tilläggsdirektiv där utredningen gavs i uppdrag att vidta nödvändiga åtgärder för att servicecentret – som skulle inrättas som en egen myndighet med namnet Statens servicecenter (Servicecenter) – skulle kunna inleda sin verksamhet den 1 juni 2012. Utredningen skulle bl.a. besluta om myndighetens organisation, ingå nödvändiga avtal för myndighetens räkning samt bemanna myndigheten. Uppdraget skulle redovisas senast den 31 maj 2012.

Den 30 maj 2012 träffade utredningen en överenskommelse med PwC om konsultstöd som Servicecenter inledningsvis skulle kunna använda sig av. Servicecenter inledde sin verksamhet den 1 juni 2012 och tog då PwC:s tjänster i anspråk.

Konkurrensverket gjorde bedömningen att konsulttjänsterna som PwC utfört åt Servicecenter inte var korrekt upphandlade eftersom någon annonsering inte hade skett. Verket ansökte därför hos förvaltningsrätten om att Servicecenter skulle påföras upphandlingsskadeavgift för konsulttjänster som utförts under perioden juni–augusti 2012.

Förvaltningsrätten konstaterade att Servicecenter hade slutit avtal med PwC utan föregående annonsering men bedömde att det varit absolut nödvändigt att tilldela PwC kontraktet och att det med hänsyn till tidpunkten för myndighetens bildande förelegat synnerlig brådska som inte orsakats av omständigheter som myndigheten kunnat förutse. Förvaltningsrätten fann att det därmed förelegat förutsättningar för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och avslog Konkurrensverkets ansökan.

Konkurrensverket överklagade till kammarrätten som avslog överklagandet. Även kammarrätten ansåg att det förelegat synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses av Servicecenter och att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet med hänsyn till den av regeringen fastställda tidpunkten för myndighetens bildande. Det var därmed en sådan situation som medgav undantag från reglerna om annonsering.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att underinstansernas avgöranden upphävs eftersom förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska inte varit uppfyllda. Verket yrkar att målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av frågan om de aktuella tjänsterna varit kompletterande leveranser enligt 4 kap. 8 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, samt, beroende på utgången av den prövningen, av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Verket yrkar även att förhandsavgörande inhämtas från EU-domstolen.

Konkurrensverket anför bl.a. följande. Servicecenter har inte haft rätt att med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU sluta det aktuella avtalet utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska. Regeringens beslut att inrätta Servicecenter har inte föranletts av några oförutsedda och allvarliga yttre omständigheter som i sig medfört att det varit absolut nödvändigt för regeringen att besluta om de tidsfrister som bestämts.

De unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling förlorar sin verkan om kravet på annonsering enkelt kan kringgås genom att myndighetsinstruktioner med korta tidsfrister lämnas.

Servicecenter bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Servicecenter hade inte för verksamheten nödvändig personal på plats den 1 juni 2012 då myndigheten inledde verksamheten. Det fanns därför behov av att under en övergångsperiod anlita konsultstöd från PwC. Konsekvenserna skulle annars ha blivit mycket allvarliga. De tidsfrister som gäller enligt andra upphandlingsförfaranden hade inte kunnat hållas.

Redan avropsavtalet från december 2010 medförde att myndigheten kunde utnyttja PwC:s konsulttjänster. Under alla omständigheter har förutsättningarna

Mål nr
4575-15

varit uppfyllda för att – med hänsyn till Servicecenters behov – använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska.

Oavsett hur optionens förenlighet med ramavtalet ska bedömas så är Servicecenter fel adressat för yrkandet om upphandlingsskadeavgift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

Huvudfrågan i målet är om förutsättningarna för att en upphandlande statlig myndighet ska få använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska är uppfyllda på grund av att regeringen fattat beslut om att en myndighets verksamhet ska inledas vid en viss tidpunkt.

Rättslig reglering

I målet är den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.

Enligt 7 kap. 1 § ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal annonsera upphandlingen om inte något annat följer av bl.a. 4 kap. 5 §.

Av 4 kap. 5 § första stycket 3 framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster 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.

Reglerna i lagen om offentlig upphandling om möjlighet till tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering vid fall av synnerlig brådska har sin motsvarighet i artikel 31.1 (c) i det numera upphävda direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). I artikeln anges även att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall får tillskrivas den upphandlande myndigheten.

Artikeln har sin motsvarighet i artikel 32.2 (c) i det nu gällande direktivet 2014/24/EU om offentlig upphandling.

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bl.a. 7 kap. 1 §.

I den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling finns undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska, bestämmelserna om annonseringsskyldighet och upphandlingsskadeavgift i 6 kap. 15 §, 10 kap. 1 § och 21 kap. 1 §.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

Konkurrensverket yrkar att förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas. Högsta förvaltningsdomstolen finner att den unionsrättsliga fråga som aktualiseras kan lösas med ledning av befintlig praxis från EU-domstolen. Yrkandet ska därför avslås.

Mot vem ska yrkandet om upphandlingsskadeavgift riktas?

Servicecenter har invänt att myndigheten inte är rätt adressat för yrkandet om upphandlingsskadeavgift eftersom de eventuella fel som begåtts gjordes av organisationsutredningen och inte av Servicecenter. Denna fråga bör avgöras innan Högsta förvaltningsdomstolen tar ställning till de upphandlingsrättsliga frågor som målet innefattar.

En utgångspunkt för denna bedömning är att staten är ett rättssubjekt och att de statliga myndigheterna, enligt 27 § myndighetsförordningen (2007:515), företräder staten vid domstol inom sina respektive verksamhetsområden. Om ingen annan myndighet ska bevaka statens intressen så är Justitiekanslern, enligt 2 § förordningen (1975:1345) med instruktion för Justitiekanslern, behörig att föra eller låta föra statens talan.

I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift uttalas att om en upphandlande myndighet åtar sig att upphandla för en annan upphandlande myndighets räkning, är det den förstnämnda myndigheten som svarar för upphandlingens riktighet (prop. 2009/10:180, del 1, s. 368).

När en organisationsutredning förbereder inrättandet av en ny myndighet och upphandlar tjänster som denna ska kunna nyttja efter bildandet, bör det som utgångspunkt alltså vara utredningen som företräder staten vid prövningar av om upphandlingsreglerna efterlevts. En organisationsutredning upphör dock att finnas när uppdraget är slutfört, vilket medför att det efter denna tidpunkt inte längre är möjligt att rikta en talan mot staten genom den myndigheten. Frågan är då om den nybildade myndigheten i stället är den myndighet som ska företräda staten eller om någon annan myndighet – närmast Regeringskansliet – bör ges denna roll.

De tjänster som utgör grunden för yrkandet om upphandlingsskadeavgift avser sådana tjänster som Servicecenter tagit i anspråk direkt vid myndighetens

tillkomst och som syftat till att stödja verksamheten i ett inledningsskede. Mot den bakgrunden får upphandlingen anses röra Servicecenters verksamhetsområde på ett sådant sätt att myndigheten i enlighet med myndighetsförordningen företräder staten i frågor som rör upphandlingen. Konkurrensverket har således haft fog för att rikta yrkandet om upphandlingsskadeavgift mot Servicecenter.

Har konsulttjänsterna direktupphandlats?

Högsta förvaltningsdomstolen har nu att ta ställning till om upphandlingen av de aktuella konsulttjänsterna har stöd i ramavtalet eller har direktupphandlats.

Optionen i 2010 års avropsavtal avseende ytterligare konsulttjänster är kortfattad och vagt formulerad. Det står emellertid klart att vad som avsågs var andra slag av tjänster än de som PwC dittills utfört. De var närmast inriktade på att i ett inledningsskede utföra uppgifter som annars skulle tillkomma den nybildade myndighetens egen personal. Ramavtalet avsåg dock inte tjänster av det slaget. Det avsåg konsulttjänster rörande dels lokalförsörjningsfrågor (som anskaffning av lokaler, omförhandlingar och hyresmarknadsbedömningar), dels strategiska frågor (som analys av företag och andra juridiska personer med statligt ägande och utvärdering av handlingsalternativ i företagsstrategiska frågor).

Optionen kan därför inte betraktas som ett på ramavtalet grundat avrop. Ett avtal om vilka tjänster som PwC skulle tillhandahålla när Servicecenter inlett verksamheten får i stället anses ha slutits först i slutet av maj 2012 genom organisationsutredningens överenskommelse med PwC. Det måste därför anses ha varit fråga om av organisationsutredningen direktupphandlade konsulttjänster.

Det är ostridigt att kostnaden för tjänsterna översteg det aktuella tröskelvärdet varför det enligt huvudregeln i 7 kap. 1 § LOU förelegat skyldighet att annonsera om inte förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska var uppfyllda.

Var förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska uppfyllda?

Den fråga som Högsta förvaltningsdomstolen härfter har att ta ställning till är om det föreligger sådana omständigheter som medför att förfarandet vid upphandlingen av de aktuella tjänsterna haft stöd i undantagsbestämmelsen om synnerlig brådska i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU.

Det finns ett flertal avgöranden från EU-domstolen i vilka motsvarande unionsrättsliga reglering har tolkats. Av dessa framgår bl.a. följande.

Undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som måste visa att alla villkor i undantagsbestämmelsen – utöver nödvändigheten av att tilldela någon ett kontrakt – som konstituerar synnerlig brådska är uppfyllda (se t.ex. Kommissionen mot Italien, C-385/02, EU:C:2004:522, p. 19 och där anmärkta rättsfall och Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 46).

Det krävs att det finns ett orsakssamband mellan de omständigheter som inte kunnat förutses och den synnerliga brådska som uppstått (Kommissionen mot Tyskland, C-318/94, EU:C:1996:149, p. 14).

Ett vägrat myndighetsgodkännande före en viss fastställd tidsgräns har inte ansetts utgöra en oförutsedd händelse och inte heller har det förhållandet att en tillsynsmyndighet angett en tidsfrist inom vilken ett arbete måste utföras ansetts utgöra en omständighet som inte hade kunnat förutses (se ovan nämnda avgörande Kommissionen mot Tyskland, p. 18 och 19 och Kommissionen mot Grekland, C-394/02, C:EU:2005:336, p. 42 och 43).

EU-domstolen har även i flera avgöranden framhållit att om det varit möjligt att genomföra upphandlingen genom ett selektivt påskyndat förfarande så är det inte visat att det föreligger synnerlig brådska (se t.ex. Kommissionen mot Tyskland, C-126/03, EU:C:2004:728, p. 22 och 23).

Mål nr
4575-15

Av EU-domstolens praxis kan slutsatsen dras att det ställs höga krav på att en upphandlande myndighet har en god organisation och framförhållning i sin planering (jfr prop. 2001/02:142 s. 99).

Regeringen gav i november 2011 utredningen direktiv om att redovisa sitt uppdrag redan senast den 31 maj året därefter. Den nya myndigheten skulle kunna fungera dagen efter det att utredningen avslutat uppdraget.

Högsta förvaltningsdomstolen saknar anledning att ifrågasätta att – med den tid som då stod till buds – det var nödvändigt att Servicecenter i inledningsskedet kunde förlita sig på konsulttjänster för att kunna fullgöra sitt uppdrag. Den brådska som uppkom för att få myndigheten funktionsduglig till den 1 juni 2012 berodde emellertid på den snäva tidsram som regeringen hade satt upp. Ett regeringsbeslut om att en myndighet ska inleda sin verksamhet vid en viss tidpunkt kan inte i sig anses utgöra en oförutsedd omständighet i den mening som avses i bestämmelsen.

Regeringens beslut må ha satt genomförandet och starten av den nya myndigheten under press, men kan således inte betraktas som en oförutsedd omständighet som kan berättiga till avsteg från de krav lagen ställer på hur en offentlig upphandling av viss omfattning ska gå till. Det har inte heller framkommit att den av regeringen beslutade tidsramen motiverats av omständigheter som inte hade kunnat förutses.

Högsta förvaltningsdomstolen finner alltså att förutsättningar saknats för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner Högsta förvaltningsdomstolen att Konkurrensverkets mot Servicecenter riktade yrkande om upphandlingsskadeavgift inte bort avslås på

Mål nr
4575-15

den grunden att bestämmelsen om synnerlig brådska i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU varit tillämplig. Underinstansernas avgöranden ska därför upphävas.

Frågan om Konkurrensverkets talan på annan grund ska lämnas utan bifall liksom i förekommande fall om upphandlingsskadeavgiftens storlek bör inte prövas av Högsta förvaltningsdomstolen som första instans. Målet ska därför visas åter till förvaltningsrätten för ny handläggning i enlighet med det sagda.

I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Anita Saldén Enéerus, Thomas Bull, Per Classon och Kristina Svahn Starrsjö.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Kristin Persson.

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 28 juli 2014 i mål nr 2191-13