

HFD 2017 ref. 66

Beslut av regeringen om att en statlig myndighet ska inleda sin verksamhet vid en viss tidpunkt har inte ansetts berättiga en upphandlande myndighet att underlåta annonsering med stöd av bestämmelsen om synnerlig brådska.

4 kap. 5 § första stycket 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 15 november 2017 följande dom (mål nr 4575-15).

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 personaladministration 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 upphandlingsskadeav-

giftens 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 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 upphandlingska-deavgift.

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 bygg-entreprenader, 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 förelegat 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 förelåg synnerlig brådska (se t.ex. Kommissionen mot Tyskland, C-126/03, EU:C:2004:728, p. 22 och 23).

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 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.

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.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Saldén Enérus, Bull, Clason* och *Svahn Starrsjö*. Föredragande var justitiesekreteraren Kristin Persson.

Förvaltningsrätten i Falun (2014-07-28, Forslund Johansson):

Sammanfattning av förvaltningsrättens slutsatser

[text här utelämnad]

1. Har Avtal 2010 tillkommit i överensstämmelse med LOU?

[text här utelämnad]

2. Har det i Avtal 2010 tagits in optioner i strid med förutsättningarna i ramavtalet? Riktas sig ansökan mot rätt person?

[text här utelämnad]

3. Har det funnits förutsättningar att tillämpa bestämmelsen om undantag från annonseringsskyldigheten?

Konkurrensverket uppger i denna del följande. För att agera på ett sätt som är förenligt med LOU hade det varit nödvändigt att senarelägga starten av Servicecenters verksamhet. Regeringens instruktioner fråntar inte Servicecenter dess ansvar inför upphandlingslagstiftningen då ansvaret för otillåtna direktupphandlingar är strikt. Servicecenters uppdrag att utföra tjänster åt andra myndigheter tillkommer genom överenskommelser mellan Servicecenter och respektive myndighet. En upphandlande myndighets åtaganden att utföra vissa tjänster, utan att dessförinnan ha tillsett att det finns tillräckligt med personal som kan utföra arbetet, utgör just en sådan bristande planering som utesluter synnerlig brådska.

Det har heller inte varit fråga om några kompletterande leveranser. För det första då det endast är den myndighet som ingått det ursprungliga kontraktet som kan komplettera ett avtal med köp av ytterligare tjänster. För det andra då köp av kompletterande tjänster måste vara nödvändigt för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Etapp 3 var emellertid inte nödvändig för fullgörandet av etapp 1 och 2 som Avtal 2010 omfattade.

Servicecenter anför i denna del följande. Det har varit absolut nödvändigt att nyttja konsultstödet från PwC då Servicecenter bl.a. inte hade kunnat utföra löneutbetalningar och fakturabetalningar för flera större statliga myndigheter i annat fall. Den brådska som uppkommit har legat utanför Servicecenters kontroll och har således inte kunnat förutses.

Servicecenter kunde inte välja att inte åta sig de uppdrag som varit ifråga. Fråga har också varit om en komplettering av det tidigare konsultstödet som inte hade varit möjligt att avsluta tidigare. Konsulterna fasades ut under hand som myndigheten bemannades med egen personal.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande överväganden. För att undantaget i 4 kap. 5 § första stycket p. 3 LOU ska vara tillämpligt krävs dels att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet ifråga, dels att det föreligger synnerlig brådska som gör att tidsfrister i andra annonserade förfaranden inte kan hållas, samt dels att brådskan ska vara orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Vad som är absolut nödvändigt får bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. En utgångspunkt kan dock vara sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som anges i beaktandesats 6 i det klassiska direktivet, (jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Andersson m.fl., Norstedts Gula Bibliotek s. 228). Servicecenter har i målet uppgett att myndigheten inte har haft nödvändiga resurser för att klara sitt uppdrag att betala ut löner till ett flertal andra myndigheters anställda varför konsultstödet från PwC varit nödvändigt. Enligt förvaltningsrättens uppfattning skulle underlåten utbetalning av löner inom en mycket snar framtid få mycket allvarliga konsekvenser för människors hälsa. Förvaltningsrätten finner därför att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet för att säkerställa löneutbetalningar. När det gäller Avtal 1 är det, enligt förvaltningsrättens uppfattning, uppenbart att Servicecenter inte har haft möjligheter att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Synnerlig brådska har sålunda förelegat såvitt avser detta avtal. Med hänsyn till att Servicecenter bildades den 1 juni 2012 kan brådskan inte vara orsakad av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Förutsättningar att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har sålunda förelegat i denna del. Vid dessa förhållanden saknas grund för att påföra upphandlingsskadeavgift i mål 2191-13. Konkurrensverkets ansökan ska därför avslås i detta mål.

Vad härefter avser Avtal 2 beaktar förvaltningsrätten att Servicecenter, efter att det första avtalet löpte ut, haft ca två och en halv månad till sitt förfogande för att få en ny leverantör på plats. Behovet av förlängt konsultstöd borde myndigheten dessutom insett tidigare. Även om tiden har varit mycket knapp och skälig tid måste avsättas för att utforma förfrågningsunderlag, annonsera, invänta anbud, utvärdera dessa och efter avtalssparren träffa avtal samt bereda en ny leverantör skälig tid för att etablera sig, så torde Servicecenter haft möjlighet att genomföra en annonserad upphandling förutsatt att myndigheten tillämpat reglerna om förkortade tidsfrister i LOU. Synnerlig brådska har sålunda inte förelegat såvitt avser detta avtal.

[text här utelämnad]

Förutsättningar att tillämpa reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering har sålunda inte förelegat såvitt avser Avtal 2. Detta avtal måste därför betraktas såsom en otillåten direktupphandling. Grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift med stöd av 17 kap. 1 § p. 3 LOU föreligger därmed.

4. Upphandlingsskadeavgiftens storlek

[text här utelämnad]

– Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan i mål 2191-13 och bifaller delvis Konkurrensverkets ansökan i mål 2192-13 genom att besluta att Statens Servicecenter ska betala en upphandlingsskadeavgift om 350 000 kr.

Kammarrätten i Sundsvall (2015-07-07, Sandström, Törnered och Wollein Waldetoft):

Yrkande om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att skäl saknas att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet om detta ska därför avslås.

Har Servicecenter slutit avtal?

Den första frågan att ta ställning till är om Servicecenter kan anses ha slutit avtal med PwC genom konkludent inträde som part i avtalet efter myndighetens bildande den 1 juni 2012 (Avtal 1). Konkurrensverket har anfört flera skäl till varför nu aktuellt avtal inte utgör ett avrop från Ramavtalet medan Servicecenter gjort gällande att de utförda tjänsterna inte utgör ett självständigt avtal mellan parterna utan utgör en del av avropet Avtal 2010 som utredningen gjorde från Ramavtalet och att de erhållna tjänsterna är ett utnyttjande av Avtal 2010.

Inledningsvis konstaterar kammarrätten att det är ostridigt att Servicecenter inte var en avropsberättigad upphandlande myndighet enligt Ramavtalet. Avropet, Avtal 2010, innehåller en option, som utifrån sin utformning får betraktas som en form av förlängningsklausul, med innebörd att upphandlande myndighet kunde välja att köpa tjänster i enlighet med Avtal 2010 av PwC även sedan Servicecenter inrättats. Optionen måste anses innebära en väsentlig avvikelse från villkoren i Ramavtalet.

Utredningen har i uppdragsbeskrivning den 30 maj 2012 gett uttryck för att optionen skulle utnyttjas under en viss period, vilket Servicecenter sedan fullföljt. Konkurrensverket har anfört att såväl uppdragsbeskrivningen och Servicecenters konkludenta handlande utgjort avtal medan Servicecenter hävdar motsatsen. Det avgörande måste vara om Servicecenter ska anses ha slutit avtal med PwC, inte om utredningen avtalat om tjänster för Servicecenters räkning. Av uppdragsbeskrivningen (under rubriken Accept) framgår bl.a. att Avtal 2010 och uppdragsbeskrivningarna kommer att överföras till Servicecenter i samband med dess bildande. Oavsett om uppdragsbeskrivningen är ett separat avtal mellan utredningen och PwC får Servicecenters tillgodogörande av tjänster från PwC i enlighet med uppdragsbeskrivningen anses innebära att Servicecenter slutit ett eget avtal med PwC, eftersom Servicecenter varken får anses ha varit bundet av utredningens accept i uppdragsbeskrivningen eller var avropsberättigad enligt Ramavtalet. Servicecenter får i LOU:s mening således anses ha slutit avtal med PwC (Avtal 1).

Föreligger undantag från annonseringsskyldigheten?

Det är i målet ostridigt att värdet för de direktupphandlade konsulttjänsterna överstiger tröskelvärdena varför det som huvudregel föreligger annonseringsskyldighet (7 kap. 1 § LOU).

Enligt 4 kap. 5 § LOU finns situationer då förhandlat förfarande utan föregående annonsering är möjligt. Av punkt 3 framgår att annonsering kan underlåtas 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.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Utredningens avtal med PwC är daterat den 30 maj 2012 och Servicecenter skulle enligt regeringens beslut inrättas den 1 juni 2012. Det framstår som uppenbart att det varit omöjligt för Servicecenter att hålla de tidsfrister för annonsering som gäller i olika upphandlingsförfaranden. Synnerlig brådska förelåg således och denna brådska orsakades av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Det får också anses ha varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet eftersom regeringen i beslut fastslagit att myndigheten skulle inleda sin verksamhet den 1 juni 2012. Det förelåg således en sådan situation som avses i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU och som förvaltningsrätten funnit har förutsättningar för undantag från reglerna om annonsering således funnits såvitt avser Avtal 1. Avtalet utgör därför inte en otillåten direktupphandling. Av detta följer att överklagandet ska avslås.

– Kammarrätten avslår Konkurrensverkets yrkande om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. – Kammarrätten avslår överklagandet.