



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
3722-21

meddelad i Stockholm den 6 maj 2022

KLAGANDE

Statens konstråd

Ombud: Advokat Peter Forsberg
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 3 juni 2021 i mål nr 8280-20

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens avgörande.

BAKGRUND

1. En offentlig upphandling ska normalt föregås av annonsering. En upphandlande myndighet som ingår ett avtal med en leverantör utan att följa kraven på annonsering, en s.k. otillåten direktupphandling, kan åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift. En annan sanktion som kan bli aktuell är att avtalet förklaras ogiltigt. Det kan ske sedan en annan leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet.
2. Det finns undantag från kravet på annonsering. Något krav på annonsering finns t.ex. inte om det som ska upphandlas kan tillhandhållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.
3. Med hänvisning till det undantaget ingick Statens konstråd i juli 2018 ett avtal med en konstnär utan föregående annonsering. Avtalet gällde en konstnärlig gestaltning, en ridå, för ett studenthus vid Linköpings universitet. Enligt avtalet skulle arbetet påbörjas snarast och det skulle slutföras senast i juni 2019.
4. I september 2018 kom det in en ansökan om överprövning av avtalets giltighet till Förvaltningsrätten i Stockholm, som i en dom den 22 maj 2019 förklarade avtalet ogiltigt. Statens konstråd överklagade avgörandet till kammarrätten och sedan till Högsta förvaltningsdomstolen. Prövningstillstånd meddelades inte vare sig i kammarrätten eller i Högsta förvaltningsdomstolen. Förvaltningsrättens avgörande fick laga kraft den 5 september 2019.
5. Konstverket monterades några dagar efter det att förvaltningsrättens dom hade meddelats, dvs. i slutet av maj 2019. Det gjordes en slutbesiktning av konstverket i juni 2019. Då betalade Statens konstråd även den sista delen av ersättningen till konstnären. När avgörandet fick laga kraft var avtalet således fullgjort i sin helhet. Äganderätten till konstverket hade då också övergått till

ägaren av den fastighet där konstverket monterats. Någon återgång av prestationerna, som är den primära rättsföljden av en ogiltigförklaring, kunde därmed inte ske.

6. Konkurrensverket ansökte därefter hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att Statens konstråd skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 105 000 kronor. Som grund för ansökan anförde Konkurrensverket följande. Ingåendet av avtalet utan föregående annonsering utgjorde en otillåten direktupphandling. Vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska det ses som en försvårande omständighet att Statens konstråd fortsatte att fullgöra avtalet trots att det hade inletts en överprövning som lett till att avtalet hade förklarats ogiltigt. Detta agerande från Statens konstråds sida omöjliggjorde en återgång av prestationerna.
7. Förvaltningsrätten biföll Konkurrensverkets ansökan delvis och beslutade att Statens konstråd skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kronor. Enligt förvaltningsrätten utgjorde det inte en försvårande omständighet att Statens konstråd inte hade vidtagit några åtgärder för att låta prestationerna återgå. Det ansåg dock Kammarrätten i Stockholm, som biföll Konkurrensverkets överklagande dit. Kammarrätten fann att förvaltningsrättens dom i överprövningsprocessen innebar ett omedelbart förbud för Statens konstråd att fortsätta upphandlingen av konstverket; att invänta ett avgörande som fått laga kraft skulle i detta fall göra överprövningsprocessen meningslös. Genom att inte omedelbart efterkomma domen hade Statens konstråd, enligt kammarrätten, agerat i strid mot förbudet att fortsätta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

8. *Statens konstråd* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska fastställa förvaltningsrättens avgörande och anför följande. En dom om ogiltigförklaring gäller först sedan den har fått laga kraft. Att ett avtalsförhållande fortlöper fram till

dess kan därför inte utgöra en försvårande omständighet vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avgiften ska därför bestämmas i enlighet med vad förvaltningsrätten har beslutat, dvs. till 80 000 kronor.

9. *Konkurrensverket* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Det utgör en försvårande omständighet vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek att den upphandlande myndigheten under den pågående överprövningen, och trots att det fanns en ogiltighetsdom, fullföljde avtalet och avhände sig rätten att förfoga över konstverket. Statens konstråd borde ha efterlevt förvaltningsrättens ogiltighetsdom genom att låta prestationerna återgå. Avgiften ska därför bestämmas i enlighet med vad kammarrätten har beslutat, dvs. till 105 000 kronor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

10. Frågan i målet är om det vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek utgör en försvårande omständighet att den upphandlande myndigheten fortsätter att agera i enlighet med ett av myndigheten ingånget avtal efter det att en överprövning av avtalets giltighet har inletts och en dom om ogiltigförklaring av avtalet har meddelats.

Rättslig reglering m.m.

11. Av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan vederbörlig annonsering.

12. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska det enligt 21 kap. 5 § första stycket tas särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

13. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att upphandlingen avslutades i och med att avtalet ingicks. Den aktuella överträdelsen är alltså att avtalet ingicks utan att de krav som ställs upp i lagen hade iakttagits. Det utesluter dock inte att omständigheter som har inträffat efter avtalets ingående beaktas när upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas. Som framgår av förarbetena finns det ett stort utrymme att ta hänsyn till samtliga relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 s. 197 och 369 f.).
14. Ett tydligt exempel på en sådan omständighet som bör beaktas är enligt Högsta förvaltningsdomstolen att ett avtal fortsätter att fullgöras trots att avtalet har förklarats ogiltigt i en dom som har fått laga kraft. I ett sådant fall får det fortsatta utbytet av prestationer egentligen till konsekvens att ett nytt, likalydande avtal får anses ha ingåtts. Det nya avtalet skulle kunna ogiltigförklaras och en ny upphandlingsskadeavgift påföras (jfr a. prop. s. 189 och 220). Det framstår dock som naturligt att det fortsatta utbytet av prestationer i stället kan ses som en försvårande omständighet vid bestämmandet av den upphandlingsskadeavgift som ska påföras med anledning av det ursprungliga avtalet.
15. I det här fallet fanns det emellertid ingen dom om ogiltigförklaring som hade fått laga kraft när avtalet fullgjordes. Frågan är om det ändå kan anses utgöra en försvårande omständighet att Statens konstråd fortsatte att följa avtalet sedan en överprövningsprocess hade inletts och förvaltningsrätten hade meddelat en dom i vilken avtalet förklarades ogiltigt.

16. Huvudregeln är att en förvaltningsdomstols avgörande blir gällande först sedan det har fått laga kraft. Undantag från huvudregeln kan motiveras av att avgörandet är av sådan karaktär att det måste anses gälla omedelbart för att det ska kunna fylla sin funktion. Av rättsfallet HFD 2012 ref. 27 framgår att en dom om ogiltigförklaring av ett avtal som slutits efter en offentlig upphandling inte är av sådant slag att det finns skäl att avvika från huvudregeln.
17. Vid avtalets fullgörande fanns det alltså inte heller någon dom om ogiltigförklaring som gällde oberoende av att den inte hade fått laga kraft. Även efter förvaltningsrättens dom i överprövningsprocessen förelåg det således ett civilrättsligt bindande avtalsförhållande.
18. Om, som i detta fall, ett avtal är på väg att fullgöras innan det finns en dom som har fått laga kraft riskerar den leverantör som har ansökt om överprövningen att förlora sina möjligheter att konkurrera om avtalet vid en ny, korrekt utförd upphandling. För den situationen har dock lagstiftaren anvisat en väg för att få till stånd ett uppehåll i fullgörandet av avtalet. Enligt 20 kap. 16 § lagen om offentlig upphandling får sålunda rätten fatta ett interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras innan något annat har bestämts. På så sätt kan det säkerställas att en dom om ogiltigförklaring, när den väl får laga kraft, kan få avsedd verkan. Något sådant beslut har inte fattats i det nu aktuella fallet.
19. Mot denna bakgrund har det enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte ålegat Statens konstråd att vidta några åtgärder för att avsluta avtalsförhållandet eller göra ett uppehåll i fullgörandet av avtalet till dess att det fanns en dom som fått laga kraft. Att Statens konstråd har fortsatt att fullgöra avtalet, i enlighet med vad som har avtalats, utgör alltså inte en försvårande omständighet vid fastställandet av storleken på upphandlingsskadeavgiften.

20. Statens konstråds överklagande ska därmed bifallas.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Kristina Ståhl,
Thomas Bull, Ulrik von Essen och Magnus Medin.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Lina Bjersbo.