

Ref 19

En upphandlande myndighet har fortsatt att följa ett ingånget avtal även sedan en dom om ogiltigförklaring av avtalet har meddelats. Fråga om detta utgör en försvårande omständighet vid bestämmandet av upphandlings-skadeavgiftens storlek.

21 kap. 1 § 3 och 5 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 6 maj 2022 följande dom (mål nr 3722-21).

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 upphandlings-skadeavgift 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 upphandlings-skadeavgift 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 upphandlings-skadeavgiftens 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 upphandlings-skadeavgiftens 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 upphandlings-skadeavgiften.

20. Statens konstråds överklagande ska därmed bifallas.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens avgörande.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom*, *Ståhl*, *Bull*, *von Essen* och *Medin*. Föredragande var justitiesekreteraren Lina Bjersbo.

*Förvaltningsrätten i Stockholm (2020-12-02, Vilgeus Huldt):**Finns det grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift?*

Det första förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det finns grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket har till stöd för sin ansökan åberopat ett lagakraftvunnet avgörande från Förvaltningsrätten i Stockholms den 22 maj 2019 i mål nr 21024-18 där domstolen förklarat ett ingånget avtal den 29 juli 2018 mellan Statens konstråd och M.W. om utförande av platsspecifik byggnadsanknuten konst för nytt studenthus Campus Valla, Linköpings universitet ogiltigt. I domen gjorde förvaltningsrätten bedömningen att Statens konstråd inte hade haft rätt att direktupphandla den aktuella konstnärliga gestaltningen med stöd av 6 kap. 14 § första stycket 1 lagen om offentlig upphandling (LOU) och att det därmed var fråga om en otillåten direktupphandling.

Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket har lagt till grund för sin ansökning om upphandlingsskadeavgift ska inte göras (jfr HFD 2014 ref. 49). Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att det föreligger förutsättningar att besluta om upphandlingsskadeavgift med stöd av 21 kap. 1 § 3 LOU eftersom Statens konstråd har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 19 kap 9 § LOU. Förvaltningsrätten har således att utgå ifrån att Statens konstråd har gjort en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Nästa fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är vilket belopp som upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till.

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde. Det är ostridigt att kontraktsvärdet uppgår till 1 140 000 kr. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kr–114 000 kr. Inom de angivna beloppsramarna har domstolen utrymme att fastställa avgiftens storlek.

I förarbetena till lagstiftningen uttalas bl.a. följande. 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 även att andra avhåller sig från överträdelser. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Hänsyn ska tas till både förmildrande och försvårande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. 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. Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall bör anses högt. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en

förhållandevis lång tid eller högt värde. Vikt kan också fästas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende att t.ex. företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant 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. I sällsynta fall kan det förekomma att någon avgift inte ska tas ut pga. att överträdelsen får anses ringa. Med synnerliga skäl åsyftas i första hand situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Möjligheten att efterge en avgift pga. synnerliga skäl ska endast tillämpas i undantagsfall (se prop. 2009/10:180 s. 196 f. och s. 369 f).

Förvaltningsrätten konstaterar att några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte gjorts gällande och inte heller har kommit fram i målet. Förvaltningsrätten anser vidare att överträdelsen inte kan betraktas som ringa.

Statens konstråd har gjort gällande att vid tidpunkten för det aktuella avtalets ingående var rättsläget oklart till följd av den nya ordalydelsen i 2014 års LOU-direktiv och två kammarrättsavgöranden som skapat osäkerhet kring tillämpningen av befintlig praxis från Högsta förvaltningsdomstolen. Statens konstråd har vidare anfört att den aktuella anskaffningen genomfördes på ett sätt som myndigheten uppfattade var förenlig med gällande lagstiftning eftersom förvaltningsrätten i flera tidigare avgöranden avslagit ansökningar om överprövning av myndighetens direktupphandlingar av konst under omständigheter liknande dem som i det nu aktuella. Konkurrensverket å sin sida har anfört att rättsläget gällande konstnårsundantaget inte är oklart och att det är osannolikt att unionslagstiftaren hade för avsikt att ändra villkoren för undantagsbestämmelsen för konstnärliga skäl genom den ändrade ordalydelsen och att den praxis som finns från Högsta förvaltningsdomstolens därmed alltså är relevant.

Det s.k. konstnårsundantaget regleras i 6 kap. 14 § första stycket LOU. Undantagsbestämmelsen har sin grund i 32.2 b i LOU-direktivet. Motsvarande artikel fanns i art 31.1 b i det numera upphävda LOU-direktivet från 2004. I LOU-direktivet har artikeln delvis fått en ny utformning. I förarbetena till bestämmelsen i 6 kap. 14 § LOU (prop. 2015/16:195 s. 998) uttalas att i förhållande till gällande rätt tydliggörs att vid inköp av en produkt av konstnärlig gestaltning, får förhandlat förfarande utan föregående annonsering endast användas om det är fråga om att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134 prövat frågor som gäller förfarandet vid upphandling av konstnärliga tjänster. Kammarrätten i Stockholm har i två domar den 27 juni 2017 (mål 6434-16 och 8254-16) som gällde tillämpningen av konstnårsundantaget i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling gjort bedömningen att den nya ordalydelsen i artikel 32.2 b i LOU-direktivet innebär att konstnärens identitet i sig kunde avgöra konstföremålets unika

art och värde, vilket medförde att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning fick avgöra vilken konstnär som var bäst lämpad att utföra uppdraget. Kammarrätten ansåg att den upphandlande myndigheten därmed inte behövde, på ett objektivet sätt, visa att det inte fanns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget. Samma kammarrätt har i två senare avgöranden från den 19 mars 2019 (mål 9237-18 och 9238-18), med hänvisning till ovan redovisade förarbetsuttalanden till bestämmelsen i 6 kap 14 § LOU, konstaterat att rättsläget inte har förändrats i och med den nya lydelsen av undantagsbestämmelsen i art 32.2 b och att de avgöranden som finns på området från tiden före LOU-direktivets ikraftträdande därmed fortfarande är vägledande för hur undantagsbestämmelsen ska tillämpas.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att rättsläget inte har varit oklart på ett sådant sätt att den aktuella överträdelsen bör betraktas som mindre allvarlig och därmed resultera i ett lägre sanktionsvärde. Förvaltningsrätten beaktar härvid särskilt att det finns flera HFD-avgöranden som gäller förfarandet vid upphandling av konstnärliga tjänster och de uttalanden som finns i förarbetena att det endast varit fråga om ett förtydligande i förhållande till gällande rätt. Vad Statens konstråd har anfört om bl.a. att kammarrättsavgörandena från 2017 skapade osäkerhet kring gällande praxis och att underrätterna i andra avgöranden har avslagit ansökningar om överprövning under omständigheter som varit liknande som det nu aktuella föranleder ingen annan bedömning från förvaltningsrättens sida. Förvaltningsrätten anser att omständigheterna i målet dock ger stöd för att Statens konstråd inte medvetet har kringgått upphandlingslagstiftningen.

Konkurrensverket har vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek ansett att det ska beaktas som en försvårande omständighet att Statens konstråd inte har efterlevt Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande i mål nr 21024-18. Statens konstråd har invänt att det inte har varit praktiskt möjligt att låta prestationerna återgå, eftersom äganderätten till det aktuella konstverket inte var i myndighetens ägo när domen vann laga kraft. Förvaltningsrätten konstaterar att förvaltningsrättens dom, som Konkurrensverket lagt till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift, vann laga kraft den 5 september 2020. Vid den tidpunkten hade äganderätten till konstverket övergått till Akademiska Hus och Statens Konstråd kunde inte längre förfoga över verket. Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av detta bedömningen att den omständigheten att Statens konstråd inte vidtagit åtgärder för att låta prestationerna återgå inte ska beaktas som en försvårande omständighet vid bestämmande av den aktuella upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i målet anser förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till ett något lägre belopp än det som yrkats av Konkurrensverket. Eftersom det är fråga om en otillåten direktupphandling ska dock sanktionsvärdet sättas högt. Förvaltningsrätten anser att ett belopp om 80 000 kr får anses väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och vad som i övrigt kommit fram i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas

på så sätt att Statens konstråd ska betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kr.

– Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Statens konstråd ska betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kr.

Kammarrätten i Stockholm (2021-06-03, Lönnestav, Hjulström och Werngren):

Kammarrättens bedömning

Av utredningen framgår bl.a. följande. Statens konstråd slöt den 29 juli 2018 ett avtal med konstnären M.W. om utförande av platsspecifik byggnadsanknuten konst för ett nytt studenthus till Linköpings universitet. Förvaltningsrätten i Stockholm förklarade genom dom den 22 maj 2019 avtalet ogiltigt. Domen vann laga kraft den 5 september 2020.

När förvaltningsrättens dom vann laga kraft hade konstverket färdigställt och äganderätten till det övergått till Akademiska hus som äger studenthuset vid Linköpings universitet. Någon återgång av prestationerna under avtalet var därmed inte möjlig vid denna tidpunkt. Den situation som därigenom uppstått har inneburit att förvaltningsrättens dom i praktiken inte varit möjlig att efterkomma. Att vänta in ett lagakraftvunnet avgörande i detta fall medför alltså att överprövningsprocessen enligt LOU blir meningslös. Förvaltningsrättens dom måste därför anses ha en sådan karaktär att den gäller omedelbart för att den ska kunna fylla sin funktion. Domen innebar därmed ett omedelbart förbud för Statens konstråd att fortsätta upphandlingen av konstverket.

När förvaltningsrätten förklarade avtalet ogiltigt vidtog inte Statens konstråd några åtgärder för att efterkomma domen. Konstrådet avvecklade inte avtalsförhållandet med M.W. t.ex. genom att låta utförda prestationer gå åter eller lämna ersättning för de prestationer som redan utförts. Konstrådet vidtog heller inte några åtgärder för att åtminstone tillfälligt avbryta arbetet med konstverket i avvaktan på ett slutligt avgörande i den rättsliga prövningen.

Genom att inte omedelbart efterkomma domen har Statens konstråd agerat i strid med förbudet att fortsätta upphandlingen. Med hänsyn till detta, och med beaktande av att det är fråga om en otillåten direktupphandling, anser kammarrätten att det finns skäl att bedöma konstrådets beslut att låta upphandlingen fortgå som särskilt försvårande vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Det som Statens konstråd har fört fram i målet förändrar inte denna bedömning. En upphandlingsskadeavgift om 105 000 kr är skälig och motsvarar överträdelsens sanktionsvärde. Överklagandet ska därmed bifallas.

– Kammarrätten beslutar att Statens konstråd ska betala en upphandlingsskadeavgift om 105 000 kr.