

Förvaltningsrätten i Göteborg
Box 53197
400 15 Göteborg

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Got Event AB

Ombud

Advokaterna Kaisa Adlercreutz och Sara Fogelberg, Front Advokater AB,
Kungstorget 2, 411 17 Göteborg

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § 2 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

YRKANDE

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 17 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Got Event AB ska betala 550 000 (femhundrafemtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.¹

¹ Sedan den 1 januari 2017 är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävd och ersatt av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet, se punkt 4 i övergångsbestämmelsen till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Grunder

1. Förvaltningsrätten i Göteborg har den 24 augusti 2017 i mål nr 4488-17 om överprövning av giltigheten av ett avtal som ingåtts mellan Got Event AB och Expåra AB fastställt att avtalet får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet varit uppfyllda. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft.

Bakgrund och omständigheter

2. Göteborgs kommun har ingått avtal med Internationella Ridsportförbundet (Fédération Equestre Internationale, FEI) avseende värdskap för EM i Ridsport 2017. Göteborgs kommun gav det kommunala evenemangs- och arenabolaget Got Event AB (Got Event) i uppdrag att uppfylla åtagandet mot FEI. Evenemanget skulle äga rum den 21 - 27 augusti 2017. Got Event hade inför detta bland annat ansvar för installationen av tillfälliga ridsportarenor.
3. I slutet av 2016 tillfrågades fyra potentiella leverantörer om att lämna anbud avseende underlag till arenorna samt att leverera underlagsmaterial för kvalitetstestning. En av dessa leverantörer underkändes och en annan avstod från att lämna anbud med motiveringen att upphandlingsdokumentationen var undermålig. Efter utvärdering av de två anbud som återstod tilldelades Expåra AB (Expåra) kontrakt.
4. Den 18 april 2017 ansökte en av leverantörerna om överprövning av upphandlingen samt i andra hand, för det fall att avtal redan tecknats, om överprövning av eventuella avtals giltighet. Den 20 april 2017 fattade Förvaltningsrätten i Göteborg beslut om att Got Event inte fick ingå avtal innan något annat bestämts. Förvaltningsrätten vidhöll beslutet den 5 maj 2017. Got Event överklagade beslutet till Kammarrätten i Göteborg, som inte meddelade prövningstillstånd.
5. Den 24 juli 2017 tecknade Got Event avtal med Expåra trots att något annat inte hade bestämts, således i strid med rättens intermistiska beslut, se [bilaga](#). Målet i förvaltningsrätten kom därför att avse överprövning av avtalets giltighet.
6. Got Event anförde att upphandlingen skett genom att en oberoende mellanhand, som inte erhållit ersättning från Got Event, hade valt ut de fyra leverantörer som tillfrågades samt att förfarandet inte var otillåtet enligt upphandlingslagstiftningen.
7. Förvaltningsrätten konstaterade att det var ostridigt att en mellanhandslösning hade använts. En förutsättning för att en sådan lösning

ska vara tillåten är att den upphandlande myndigheten antingen upphandlar mellanhanden och varan separat eller gemensamt. Att Got Event använt sig av en mellanhand utan krav på ekonomisk ersättning ansågs av rätten inte medföra att underlagsmaterialet inte behövde upphandlas i enlighet med LOU. Förvaltningsrätten fann vidare att Got Event inte närmare preciserat vilket upphandlingsförfarande som använts eller vilka omständigheter som utgjort skäl för underlåten annonsering. Förvaltningsrätten fann också att Got Event ingått avtal i strid med det interimistiska beslutet och att det bolag som begärt överprövning lidit eller riskerat att lida skada på grund av detta.

8. Mot denna bakgrund fann förvaltningsrätten att det förelåg förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet mellan Got Event och Expåra. Omständigheterna i målet bedömdes dock vara sådana att avtalet ändå skulle bestå enligt 16 kap. 14 § LOU.
9. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft den 28 september 2017 (mål nr 4488-17).

Upphandlingsskadeavgift

10. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av avtals giltighet i ett avgörande, som har vunnit laga kraft, fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (17 kap. 1 § 2 LOU).
11. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift (17 kap. 2 § första stycket LOU). Det är således fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift.
12. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bl.a. att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.²
13. Någon överprövning ska inte göras av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Detta framgår redan av ordalydelsen i 17 kap. 1 och 5 §§ LOU, och har bekräftats av Högsta förvaltningsdomstolen.³

² Se prop. 2009/10:180 s. 196–197.

³ Se HFD 2014 ref. 49 samt HFD 2017 ref. 45.

Beloppsintervall inom vilket upphandlingsskadeavgiften kan tas ut

14. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska i de direktivstyrda fallen ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ LOU (se 17 kap. 4 § LOU). Kontraktsvärdet ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet och eventuella options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.
15. För att avgöra hur hög upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste således värdet på det avtal som har fått bestå beräknas. Got Event har under Konkurrensverkets utredning uppgett att avtalets totala värde uppgår till 6 900 000 kronor. Av de fakturor som ingetts framgår att Expåra sammanlagt har fakturerat Got Event 6 888 760 kronor. Detta belopp är inklusive mervärdesskatt. Eftersom kontraktsvärdeberäkningen enligt LOU ska ske exklusive mervärdesskatt uppgår värdet av det aktuella avtalet till 5 511 008 kronor.
16. Upphandlingsskadeavgiften kan därmed uppgå till som lägst 10 000 kr och som högst 551 100 kronor. Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, ska en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek*Allmänna utgångspunkter angående sanktionsvärdet*

17. Vid fastställande 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 (17 kap. 5 § LOU).
18. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.⁴
19. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de

⁴ A. prop s. 197 och s. 369–370.

⁵ A. prop. s. 197–198 och s. 369–370.

allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.⁶

20. Att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Den upphandlande myndigheten har nämligen genom att det ingångna avtalet fått bestå redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det förelåg tvingande hänsyn. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁷ En sådan ordning skulle riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

21. Av förvaltningsrättens dom framgår att Got Event den 24 juli 2017 ingick avtal med Expåra trots att rätten den 20 april 2017 beslutat att något avtal inte fick ingås innan något annat bestämts. Förvaltningsrätten vidhöll detta beslut den 5 maj 2017, något som Got Event överklagade. Kammarrätten meddelade dock inte prövningstillstånd. Got Events agerande därefter, att den 24 juli 2017 ingå avtal i strid med det interimistiska förbudet, utgör enligt Konkurrensverkets mening ett uppenbart fall av domstolstrots.
22. Konkurrensverket framhåller i sammanhanget att Justitieombudsmannen (JO) vid upprepade tillfällen har riktat mycket allvarlig kritik mot upphandlande myndigheter som ignorerat domstolars avgöranden vid överprövningar enligt LOU.⁸ JO har bland annat uttalat "att myndigheter på det sätt som påvisats i detta ärende inte respekterar domstolsavgöranden är allvarligt och strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande".⁹
23. Av praxis framgår att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall.¹⁰ Konkurrensverket anser att Got Events bristande respekt för förvaltningsrättens interimistiska beslut utgör en sådan särskilt graverande omständighet som vid bedömningen av sanktionsvärdet ska påverka avgiftens storlek i påtagligt skärpande riktning. Eftersom sanktionsvärdet för otillåtna

⁶ A. prop. s. 197. Se även HFD 2014 ref. 69 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 20 november 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

⁷ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198 - 199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.

⁸ Se JO-beslut dnr 3497-2000; 3006-2005; 1282-2007 samt 3026-2009.

⁹ Se JO-beslut dnr 3026-2009, s. 3.

¹⁰ Se HFD 2014 ref. 69.

direktupphandlingar som regel ska anses högt i sig, och några förmildrande omständigheter inte har framkommit, bör upphandlingsskadeavgiften i detta fall bestämmas till högsta möjliga belopp inom det tillämpliga intervallet, vilket innebär 550 000 kronor efter en marginell avrundning av beloppet nedåt.

24. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser således Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 550 000 kronor är en effektiv, avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.
-

Per Karlsson

Magnus Ehn

Bifogas

Bilaga: Avtal mellan Got Event AB och Expåra AB, ingånget den 24 juli 2017