

Offentlig konsultation av Konkurrensverkets metod för fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

Inledning

1. Konkurrensverket har tagit fram ett utkast till ställningstagande om myndighetens metod för att fastställa upphandlingsskadeavgiftens storlek när myndigheten väljer att besluta om upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket välkomnar nu synpunkter på utkastet.
2. I den här promemorian redovisar Konkurrensverket överväganden som ligger till grund för utkastet till ställningstagande. Syftet med promemorian är att underlätta förståelsen för utkastet till ställningstagande och ge allmänheten bättre förutsättningar att lämna synpunkter på det.
3. Promemorian utgör inte en del av utkastet till ställningstagande och ska inte betraktas som en fullständig genomgång av de överväganden som kan aktualiseras när Konkurrensverket fastställer upphandlingsskadeavgiftens storlek. Konkurrensverket kan i framtiden, exempelvis till följd av nya erfarenheter, beskriva eller utveckla innehållet i metoden på annat sätt än vad som framgår av denna promemoria.

Konsultationens genomförande

4. Skriftliga kommentarer på Konkurrensverkets utkast till ställningstagande kan skickas till registrator@kkv.se senast den 25 april 2025. Ange dnr 122/2024.
5. Konkurrensverket erbjuder även möjlighet att vid ett möte framföra synpunkter och ställa frågor till myndigheten med anledning av utkastet till ställningstagande. Närmare information om mötet finns på Konkurrensverkets webbplats.



6. Efter den offentliga konsultationen avser Konkurrensverket att färdigställa ställningstagandet med beaktande av de synpunkter som kommit in.
7. Frågor om konsultationen besvaras av processrådet Erik Sollenberg (erik.sollenberg@kkv.se).

Bakgrund

8. Den 1 januari 2024 fick Konkurrensverket befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift.¹ I samband med detta påbörjade myndigheten ett arbete med att ta fram en vägledning som tydliggör vilka överväganden Konkurrensverket gör när myndigheten fastställer avgiftens storlek.²
9. Konkurrensverket kan välja att besluta om upphandlingsskadeavgift i vissa fall och måste besluta om avgift i andra fall.³ Grunderna för att besluta om avgift och de hänsyn som behöver tas när avgiftens storlek fastställs skiljer sig delvis åt mellan dessa fall.
10. Konkurrensverket har prioriterat att arbeta med en vägledning för de frivilliga fallen eftersom dessa förväntas bli vanligast.⁴ Konkurrensverket avser att återkomma med en vägledning om hur myndigheten fastställer upphandlingsskadeavgiftens storlek när myndigheten är skyldig att besluta om sådan avgift.

Vad är ett ställningstagande?

11. Ett ställningstagande innehåller en redogörelse för Konkurrensverkets uppfattning i rättsliga frågor. Syftet med ett ställningstagande kan till exempel vara att ge klargöranden om hur myndigheten bedömer en viss fråga.
12. Ett ställningstagande beslutas av generaldirektören och blir styrande för Konkurrensverkets verksamhet. Ett ställningstagande är inte bindande för andra än Konkurrensverket, såsom domstolar eller andra myndigheter.

¹ Se 21 kap. 6–7 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), 21 kap. 6–7 §§ lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och 17 kap. 6–7 §§ lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Konkurrensverkets befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift gäller för upphandlingar som har påbörjats den 1 januari 2024 eller senare, se till exempel punkt 1 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

² Jfr prop. 2023/24:3 s. 36, där det framgår att Konkurrensverket ansvarar för att ta fram en vägledning om vilka överväganden som görs vid beslutande om upphandlingsskadeavgift.

³ De obligatoriska fallen regleras i 21 kap. 6 § LOU, 21 kap. 6 § LUF och 17 kap. 6 § LUK. De frivilliga fallen regleras i 21 kap. 7 § LOU, 21 kap. 7 § LUF och 17 kap. 7 § LUK.

⁴ De första bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft 2010, se till exempel ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna i lagen (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Sedan dess har cirka 70 procent av målen om upphandlingsskadeavgift grundats på frivilliga ansökningar (cirka 170 mål av totalt cirka 250 mål). Resterande cirka 30 procent av målen har grundats på obligatoriska ansökningar (cirka 75 mål av totalt cirka 250 mål). Under 2024 var 1 av 22 ansökningar obligatorisk.



Ställningstagandets upplägg och innehåll

13. En otillåten direktupphandling ligger alltid till grund för Konkurrensverkets frivilliga beslut om upphandlingsskadeavgift. Som framgår av utkastet till ställningstagande anser Konkurrensverket att detta påverkar överträdelsens sanktionsvärde i det enskilda fallet. Sanktionsvärdet kan också påverkas av ytterligare omständigheter av varierande betydelse.
14. Konkurrensverket ser det inte som möjligt eller ändamålsenligt att ge en vägledning som på förhand visar exakt hur stor avgiften skulle bli i alla tänkbara situationer. Konkurrensverkets målsättning med ställningstagandet är i stället att så tydligt som möjligt redovisa vilka bedömningssteg som ingår i myndighetens metod och utgångspunkterna när avgiften fastställs.
15. I utkastet till ställningstagande framgår att Konkurrensverket tar hänsyn till förmildrande och försvårande omständigheter vid bedömningen av en överträdelses sanktionsvärde. Konkurrensverket ger också några exempel på sådana omständigheter. Dessa exempel bedöms vara väl förankrade i gällande rätt. Det finns fler förmildrande och försvårande omständigheter som kan bli aktuella och som kan komma att bedömas i rättstillämpningen. Konkurrensverket avser att återkomma med en separat vägledning som närmare behandlar förmildrande och försvårande omständigheter som kan påverka avgiftens storlek.

Sanktionsvärdet och avgiftens storlek

16. Det högsta avgiftsbeloppet höjdes samtidigt som Konkurrensverket fick befogenhet att besluta om upphandlingsskadeavgift, från 10 miljoner kronor till 20 miljoner kronor.⁵ Syftet med höjningen var att upphandlingar till högre värden ska kunna beivras på ett mer proportionerligt sätt i förhållande till upphandlingar till lägre värden.⁶
17. I utkastet till ställningstagande framgår att Konkurrensverket bedömer sanktionsvärdet som en andel av det högsta avgiftsbeloppet för överträdelsen inom lagens ram. Enligt Konkurrensverket ger detta goda förutsättningar för att avgifterna för upphandlingar med höga värden ska bli så proportionerliga som möjligt i förhållande till avgifterna för upphandlingar med lägre värden, inom den ram för avgiften som följer av lagstiftningen.⁷
18. I HFD 2014 ref. 69 slog Högsta förvaltningsdomstolen fast att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktets värde är en av flera avgörande faktorer. Enligt domstolen kan det vare sig av

⁵ Se 21 kap. 9 § LOU, 21 kap. 9 § LUF och 17 kap. 9 § LUK samt prop. 2023/24:3 s. 50.

⁶ Se prop. 2023/24:3 s. 49.

⁷ Jfr prop. 2023/24:3 s. 50, där regeringen uttrycker att en höjning av det högsta avgiftsbeloppet till 20 miljoner kronor skulle möjliggöra att upphandlingsskadeavgiften för upphandlingar av mycket betydande värden står i större proportion i förhållande till upphandlingar som uppgår till lägre värden.



lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktets värde. Lagen föreskriver ett högsta avgiftsbelopp, vilket enligt domstolen matematiskt talar mot att avgiften fastställs till en viss procentandel av kontraktets värde när det är fråga om högre kontraktsbelopp.⁸

19. Metoden som beskrivs i utkastet till ställningstagande, där sanktionsvärdet ställs i relation till den högsta avgiften för överträdelsen, ska säkerställa att avgiften blir proportionerlig och ändamålsenlig oavsett vilket värde som upphandlingen har. Det är matematiskt möjligt att tillämpa en procentandel av det högsta avgiftsbeloppet inom lagens ram oavsett vilket värde som upphandlingen har i det enskilda fallet. Enligt metoden är upphandlingens värde inte ensamt avgörande, utan en av flera faktorer som vägs samman för att fastställa sanktionsvärdet. Alla relevanta omständigheter beaktas när avgiftens storlek fastställs i det enskilda fallet.
20. I utkastet till ställningstagande redovisar Konkurrensverket en utgångspunkt för sanktionsvärdet när det saknas förmildrande eller försvårande omständigheter. I samband med att ställningstagandet togs fram gick Konkurrensverket igenom alla mål om upphandlingsskadeavgift sedan avgiften infördes 2010. Genomgången visade att de utdömda avgifternas storlek i genomsnitt har uppgått till cirka 74 procent av det högsta avgiftsbeloppet när det har saknats ytterligare försvårande eller förmildrande omständigheter. Medianvärdet för de utdömda avgifterna i nämnda fall uppgick också till cirka 74 procent av det högsta avgiftsbeloppet. Konkurrensverket bedömer därmed att den redovisade utgångspunkten för sanktionsvärdet är väl förankrad i gällande rätt.
21. Utgångspunkten för sanktionsvärdet som redovisas i utkastet till ställningstagande är något lägre än medelvärdet som identifierades vid genomgången av praxis. Konkurrensverket anser att detta som utgångspunkt leder till ett rimligt och proportionerligt beloppsmässigt utfall även för överträdelser där det högsta möjliga avgiftstaket gäller. Den något lägre utgångspunkten för sanktionsvärdet lämnar utrymme att särskilja olika fall där det finns försvårande och förmildrande omständigheter som påverkar sanktionsvärdet olika mycket. Att utgångspunkten är något lägre än det nuvarande medelvärdet innebär att försvårande omständigheter kan få ett större genomslag vid avgiftsbedömningen. Konkurrensverket bedömer sammantaget att den något lägre utgångspunkten för sanktionsvärdet ger goda förutsättningar för att avgiften ska bli effektiv, avskräckande och

⁸ Om en procentandel av upphandlingens värde tillämpades för att bestämma avgiftens storlek skulle avgiften bli högre än den högsta tillåtna avgiften när upphandlingens värde är tillräckligt högt. Om till exempel en andel på sju procent av upphandlingens värde användes för att bestämma avgiftens storlek skulle avgiften för en upphandling med ett värde på en miljard kronor bli 70 miljoner kronor, vilket överstiger den högsta tillåtna avgiften på 20 miljoner kronor.

proportionerlig med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet.

Konsekvensbedömning

22. Konkurrensverkets prognos är att metoden i de flesta fall inte kommer att leda till högre avgifter än vad som hade varit fallet enligt den tidigare, mindre avgiftsramen.⁹ Avgiften för upphandlingar med värden över 100 miljoner kronor kan bli högre än vad som tidigare hade varit fallet.¹⁰ Dessa förväntas utgöra en minoritet av Konkurrensverkets beslut.¹¹

⁹ Sedan 2010 har över 90 procent av alla mål om upphandlingsskadeavgift avsett upphandlingar med ett värde under 100 miljoner kronor. I dessa fall var avgiftstaket begränsat till tio procent av upphandlingens värde. Samma begränsning skulle också gälla för dessa upphandlingar enligt nu gällande lagstiftning.

¹⁰ Upphandlingar med ett värde under 100 miljoner kronor begränsades tidigare av det lägre avgiftstaket, som var tio procent av upphandlingens värde. För upphandlingar med ett högre värde gällde då den högsta möjliga avgiften på 10 miljoner kronor. Avgiftstaket på tio procent av upphandlingens värde gäller numera för alla upphandlingar med ett värde under 200 miljoner kronor. För upphandlingar med ett högre värde gäller nu avgiftstaket på 20 miljoner kronor.

¹¹ Sedan 2010 har drygt 8 procent av alla mål om upphandlingsskadeavgift avsett upphandlingar med ett värde över 100 miljoner kronor.