



**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

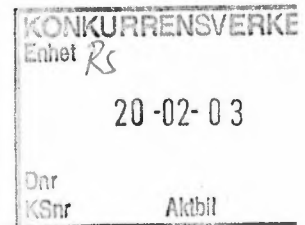
SJ AB, 556196-1599  
105 50 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell  
Advokatfirman Ulfsson AB  
Box 5102  
102 43 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Jonatan Wahlberg  
Advokatfirman Ulfsson AB  
Box 5102  
102 43 Stockholm

**SAKEN**

Upphandlingskadeavgift



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Konkurrensverkets ansökan.

## BAKGRUND

Konkurrensverket ansökte den 24 april 2013 om att förvaltningsrätten skulle besluta att SJ AB (SJ) skulle betala upphandlingsskadeavgift om 4 000 000 kronor grundat på avtal med Sodexo AB (Sodexo) respektive 4 500 000 kr grundat på avtal med Miljöteamet i Sverige AB (Miljöteamet). Som grund anförde Konkurrensverket att SJ omfattades av lagen om (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och att SJ ingått två städserviceavtal genom otillåtna direktupphandlingar. Konkurrensverket anförde närmare att SJ brutit mot LUF genom att ingå ett städserviceavtal med Sodexo till ett kontraktsvärde om åtminstone 56 000 000 kr och genom att ingå ett städserviceavtal med Miljöteamet till ett värde om åtminstone 60 000 000 kr utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § LUF. Förvaltningsrätten avvisade i beslut den 10 januari 2014 (mål nr 1959-13 och 1960-13) Konkurrensverkets ansökningar på den grunden att SJ:s verksamhet inte omfattas av bestämmelsen i 1 kap. 8 § LUF och att LUF således inte är tillämplig på SJ:s inköp av byggtreprenader, varor och tjänster. Mot denna bakgrund ansåg förvaltningsrätten att SJ inte kan bli skyldigt att betala upphandlingsskadeavgift. Kammarrätten i Stockholm avslog i dom den 4 juni 2015 (mål nr 603-14 och 604-14) Konkurrensverkets överklagande.

Konkurrensverket överklagade Kammarrättens dom. HFD upphävde i dom den 14 juni 2019 (mål nr 3999-15 och 4000-15) underinstansernas beslut och visade målet åter till förvaltningsrätten för prövning av frågan om SJ ska åläggas att betala upphandlingsskadeavgift och i så fall med vilket belopp. Som skäl angav HFD sammanfattningsvis att det genom EU-domstolens dom står klart att SJ:s verksamhet omfattas av 1 kap. 8 § LUF och att SJ därför var skyldigt att tillämpa LUF när SJ köpte in de aktuella städtjänsterna.

**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket**

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten beslutar att SJ ska betala 2 200 000 kronor respektive 2 450 000 kronor i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket anför i huvudsak följande. SJ:s avtal med Sodexo och Miljöteamet utgör otillåtna direktupphandlingar. Vid tidpunkten för SJ:s ingående av avtalen var SJ skyldigt att tillämpa LUF vid sina köp av varor tjänster och byggentreprenader. EU-domstolens avgörande lämnar inte utrymme för någon annan bedömning. Det saknar betydelse om SJ överträtt LUF medvetet eller omedvetet. Inte heller bristande kännedom om gällande rätt eller misstag om lagstiftningens innehåll utgör en ursäkt för en överträdelse.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek bör vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna kontraktets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som bör inverka på avgiftens storlek. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsskadeområdet och har i normalfallet ett relativt högt sanktionsvärde. Mot bakgrund av EU-domstolens förhandsavgörande får rättsläget anses ha varit oklart i fråga om SJ bedriver verksamhet enligt 1 kap. 8 § LUF vilket bör vägas in vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Konkurrensverket har därför justerat sitt yrkande i fråga om sanktionsvärdet. De justerade beloppen ger uttryck för effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner för de aktuella överträdelserna av annonseringsskyldigheten i LUF, givet det oklara rättsläget vid avtalens ingående. Det föreligger inga omständigheter som medför att SJ:s överträdelse av LUF ska bedömas som ett ringa fall eller som ger skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften. Utöver ett individualpreventivt syfte

har bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift även ett allmänpreventivt syfte. Syftet är därför inte bara att få den granskade myndigheten att upphöra med regelöverträdelser utan även att få andra myndigheter att avhålla sig från detta. Att SJ numera, i enlighet med EU-domstolens dom, följer LUF saknar betydelse för frågan om en avgift ska utgå eller inte. Det är SJ:s agerande vid ingåendet av de två aktuella avtalen som är föremål för Konkurrensverkets ansökningar om upphandlings skadeavgift.

### **SJ**

SJ bestrider Konkurrensverkets yrkanden och yrkar i första hand att domstolen ska besluta att någon upphandlingsskadeavgift inte ska utgå, i andra hand att domstolen ska besluta om en upphandlingsskadeavgift om 10 000 kronor i ett av målen och att avgift inte ska utgå i det andra målet och i tredje hand att domstolen ska besluta om en upphandlingsskadeavgift om 10 000 kr i båda målen. SJ anför bl.a. följande. Frågan om bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är utformade med strikt ansvar eller inte är ovidkommande för frågorna i målet. SJ har inte vid något tillfälle agerat utifrån någon annan avsikt än att efterkomma gällande rätt. SJ:s agerande vid tiden för avtalsingående får anses försvarligt. Det är SJ:s bedömning avseende SJ:s rättsliga status som Konkurrensverket önskar bestraffa, inte den individuella direktupphandlingen som råkar vara föremålet för ansökan. Konkurrensverket har i målen utnyttjat sin frivilliga möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Vid frivilliga ansökningar från Konkurrensverket om upphandlingsskadeavgift är det alltid fråga om otillåtna direktupphandlingar. En omständighet som är en förutsättning för ett måls anhängiggörande kan inte anses särskilt försvårande. Det finns ingen anledning att bestraffa ett bolag som gjorde en felaktig tolkning av lagens tillämpningsområde. SJ följer redan LUF. Konkurrensverket har redan uppnått syftet med sin talan. Det finns ingen avskräckande eller preventiv effekt att uppnå genom att döma ut en

upphandlingsskadeavgift. Det allmänpreventiva syftet påverkas inte av om Konkurrensverket tillerkänns upphandlingsskadeavgift eller inte.

När SJ ingick avtalen var rättsläget oklart. Ett oklart rättsläge bör enligt förarbetena påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Mot bakgrund av att det rör sig om en komplicerad och helt oprövad rättsfråga är sanktionsvärdet lågt, så lågt att det är fråga om ringa fall. I vart fall bör det anses finnas synnerliga skäl att efterge avgiften. Det är i målet inte fråga om ett sådant tydligt fall av otillåten direktupphandling att upphandlingsskadeavgiften ska sättas högt. Förvaltningsrätten bör även ta i beaktande den tids- och kostnadskrävande process SJ genomgått i snart sju års tid. Att Konkurrensverket sänkt sina yrkade belopp räcker inte. Det är fortfarande fråga om betydande belopp som framträder som godtyckligt bestämda. När ett mål handlar om att bestämma om ett bolag överhuvudtaget omfattas av upphandlingsregelverket blir det fullständigt godtyckligt att låta storleken på kontraktet bestämma storleken på upphandlingsskadeavgiften. Alla belopp SJ tvingas betala kommer att drabba SJ:s verksamhet. Upphandlingsskadeavgiften ska sättas på ett sådant sätt att den säkerställer efterlevnad av upphandlingsregelverket och ska inte sättas högre än vad som i det enskilda fallet krävs för att säkerställa en sådan efterlevnad. För SJ är detta en principfråga och det finns ingen anledning att tro att SJ:s agerande på något sätt påverkas av storleken på upphandlingsskadeavgiften. Högre belopp än de av SJ i andra och tredje hand medgivna kan inte på något sätt anses proportionerliga i förhållande till de begångna felens art och SJ:s faktiska agerande.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Frågan i målet

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om SJ ska åläggas att betala upphandlingsskadeavgifter och i så fall med vilka belopp.

### Tillämpliga bestämmelser m.m.

Tillämplig lag i målet är den tidigare gällande lagen om (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Av 7 kap. 1 § LUF framgår att en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal skall annonsera upphandlingen. Av 17 kap. 1 § p. 3 LUF framgår vidare att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §, dvs, om den upphandlande enheten genomfört en otillåten direktupphandling (prop. 2009/10:180 s.310).

För de överträdelser av LUF som gäller upphandlingsskadeavgift gäller strikt ansvar. Det krävs alltså inte att överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Bristande kännedom om gällande rätt eller misstag om lagstiftningens innehåll utgör inte någon ursäkt för en överträdelse (prop. 2009/10:180 s.192 och 368).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktets värde. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild

hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl, det följer av 17 kap. 4 och 5 §§ LUF.

Utrymmet för att anse en överträdelse som ringa är ytterst begränsat kan gälla endast i undantagsfall. Detsamma gäller för bedömningen av om synnerliga skäl ska anses föreligga. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Som exempel på synnerliga skäl nämns i förarbetena situationer där det inträffat oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten själv inte kunnat råda över och situationer där en myndighet ansett sig tvungen att direktupphandla för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras (prop. 2009/10:180 s.198).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2014 ref 49 bedömt kommuners agerande som ringa fall där kommunerna inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling men på grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad de själva kunnat förutse och påverka inte kunnat avsluta det inledda upphandlingsförfarandet som planerat. Då det var fråga om anskaffning av livsmedel som inte kunnat anstå avslutades upphandlingarna i stället genom vad som sedermera bedömdes vara otillåtna direktupphandlingar. De ingångna avtalen hade tidsbegränsats och avsetts gälla endast till dess inköp kunde göras enligt en ny annonserad upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen bedömde därför att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift inte var tillräckligt starkt för att motivera en avgift. Sanktionsvärdet bedömdes som så lågt att det var fråga om ringa fall och HFD bedömde att upphandlingsskadeavgift inte skulle beslutas.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Exempelvis kan beaktas om den upphandlande myndighetens agerande är att betrakta som särskilt klandervärt. Upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller ett högt värde. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot i visst fall är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (prop. 2009/10:180 s.197 f. och 369 f.).

I mål 672-13 uttalade Kammarrätten i Sundsvall följande gällande avgiftens storlek, vilket HFD sedan instämde i (se HFD 2014 ref 69). Avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Belopps-



begränsningen i lagrummet måste innebära 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. Kontraktsvärdet om 161 miljoner kronor bedömdes inte som avsevärt högt.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

*Har avtalen med Sodexo och Miljöteamet slutits genom otillåtna direktupphandlingar?*

Det står genom HFD:s avgörande i mål nr 3999-15 och 4000-15 klart att SJ omfattades av 1 kap. 8 § LUF och att SJ varit skyldigt att tillämpa LUF när SJ ingick de för målen aktuella avtalen. SJ har därmed varit skyldigt att annonsera upphandlingen i enlighet med 7 kap. 1 § LUF. I målet är klarlagt att SJ slutit avtal med Sodexo och Miljöteamet utan sådan annonsering. SJ har därmed slutit avtalen genom otillåtna direktupphandlingar. Av detta följer att förvaltningsrätten får besluta om att SJ ska betala upphandlings-skadeavgift.

*Ska SJ åläggas en upphandlingsskadeavgift?*

I målet är ostridigt att kontraktsvärdet för avtalet med Sodexo uppgått till åtminstone 56 000 000 kr och för avtalet med Miljöteamet till åtminstone 60 000 000 kr. Avtalen rör tjänstekontrakt som löper på obestämd tid med en ömsesidig uppsägningstid om 12 månader.

När det gäller frågan om SJ ska åläggas upphandlingsskadeavgift gör förvaltningsrätten följande överväganden. Som framgår ovan gäller strikt ansvar för de överträdelser av LUF som gäller upphandlingsskadeavgift. Att SJ slutit de aktuella avtalen i tron om att SJ inte omfattades av LUF har

därför ingen betydelse för frågan om SJ ska åläggas upphandlings-skadeavgift eller inte. SJ har ingått två avtal genom otillåten direktupphandling, något som anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Vidare löper avtalen på obestämd tid vilket talar för att upphandlingsskadeavgiften ska vara hög. Stor vikt måste dock läggas vid att både förvaltningsrätten och Kammarrätten i Stockholm ansett att LUF inte varit tillämpligt på SJ:s inköp av byggentreprenader, varor och tjänster och att HFD, för att avgöra detta, inhämtat förhandsavgörande från EU-domstolen. Av detta kan slutsatsen dras att rättsläget varit oklart gällande om SJ varit skyldigt att upphandla enligt LUF vid tidpunkten för avtalens ingående. Som framgår av förarbetena bör sanktionsvärdet anses relativt lågt i dessa fall. Av förarbetena framgår även att utgångspunkten bör vara att avgiften bestäms så att myndigheten och andra avhåller sig från överträdelser av LUF. Med hänsyn till det oklara rättsläget vid avtalens ingående i kombination med att avtalen tecknades 2011 respektive 2012, anser förvaltningsrätten att höga upphandlingsskadeavgifter vid denna tidpunkt, cirka sju respektive åtta år efter avtalens ingående, inte kan motiveras genom upphandlingsskadeavgifternas preventiva syfte. Att de otillåtna direktupphandlingarna resulterat i en lång process som har påverkat SJ negativt genom att orsaka SJ stora kostnader är vidare en omständighet som talar i förmildrande riktning. Det är mot bakgrund av dessa omständigheter förvaltningsrättens mening att sanktionsvärdet av SJ:s överträdelser vid den tidpunkt målet nu avgörs är så lågt att de ska betraktas som ringa fall. Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas och Konkurrensverkets ansökan ska avslås. Det finns därmed inte skäl att ta ställning till om det föreligger synnerliga skäl att efterge upphandlings-skadeavgifterna.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Minnaliisa Lundblad

Rådman

Föredragande juristen Marie Nygren har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.