

Förvaltningsrätten i Härnösand
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Region Jämtland Härjedalen, Box 654, 831 27 Östersund

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Region Jämtland Härjedalen ska betala 50 000 (femtiotusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Grunder

1. Kammarrätten i Sundsvall har i mål om överprövning av giltigheten i ett avtal som har ingåtts mellan Region Jämtland Härjedalen (Regionen) och Malmator AB, fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹ Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen som inte meddelade prövningstillstånd i beslut den 8 mars 2023.² Kammarrättens avgörande vann därmed laga kraft den 8 mars 2023.

Bakgrund och omständigheter

Tidigare avtal 2020

2. Regionen ingick den 2 november 2020 ett avtal med Malmator AB avseende nyttjanderätt till och drift av transportplaneringssystemet SAM 3001 (eller uppdaterad version).³ Detta avtal förklarades ogiltigt av Förvaltningsrätten i Härnösand genom dom den 7 juni 2021.⁴ Domen vann laga kraft den 29 juni 2021.

Nuvarande avtal

3. Ett nytt avtal med i allt väsentligt samma innehåll slöts den 29 augusti 2021.⁵ Det är detta avtal (Avtalet) som denna ansökan och den dom som ligger till grund för ansökan avser.
4. Avtalets giltighetstid angavs vara från den 1 juli 2021 till den 30 september 2022 med möjlighet till 1 + 1 månads förlängning, dvs. som längst 17 månader.
5. I avtalet uppges att det är upprättat till följd av en direktupphandling samt att det är begränsat i värde till 615 312 kronor och att detta innebär att avtalet upphör att gälla oaktat angiven avtalstid om sammanlagda köp inom avtalet har uppgått till det värdet.⁶ I samband med detta finns också pris per månad angivet.

Överprövningen

6. Förvaltningsrätten i Härnösand biföll ansökan om överprövning av Avtalet och beslutade att ogiltigförklara detta. Kammarrätten i Sundsvall ändrade förvaltningsrättens dom på så sätt att Avtalet skulle få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

¹ Se bilaga 1.

² Se bilaga 2.

³ Se bilaga 3.

⁴ Se bilaga 4.

⁵ Se bilaga 5.

⁶ Bilaga 5, s. 9.



Vad regionen har anfört

7. Regionen har under Konkurrensverkets utredning hänvisat till vad den har anfört hos förvaltningsrätten och kammarrätten samt har därutöver även uppgett sammanfattningsvis följande avseende sanktionsvärdet.
8. Regionen invänder inte mot att upphandlingskadeavgift ska utgå, men anser att sanktionsvärdet, utifrån den synnerligen viktiga verksamhet som ärendet berör, rimligtvis ska bedömas som lågt.
9. Regionen är medveten om att det åligger varje upphandlande myndighet att vara förutseende och planera för att kunna upphandla varor och tjänster på ett korrekt sätt och i rätt tid. Ibland lyckas inte detta beroende på omständigheter inom eller utom myndighetens kontroll. Likväl åligger det myndigheten att se till att samhällsviktig verksamhet fungerar.
10. Särskild kollektivtrafik berör de mest skyddsvärda i samhället, och dysfunktionalitet eller avbrott kan innebära synnerligen svåra och långtgående konsekvenser för dessa grupper, då det kan innebära att individen inte får tillgång till vård, skola eller möjlighet att fritt röra sig i samhället. Även sjukvården skulle drabbas av stora svårigheter att planera sin verksamhet.
11. Det är av största vikt att upprätthålla ett fungerande system för den särskilda kollektivtrafiken, och Regionen har under den aktuella tidsperioden efter bästa förmåga sett till att det sker. Det aktuella systemstödet är en förutsättning för att kunna hantera de 150 000 resor som Regionen årligen måste samplanera och koordinera.

Upphandlingskadeavgift

12. Lagen (2021:1110) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 februari 2022. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser fortfarande gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom nu aktuell upphandling hade påbörjats före den 1 februari 2022 är således LOU i sin lydelse vid tiden för upphandlingen tillämplig.
13. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, trots att skäl för ogiltighet har funnits (21 kap. 1 § 2 LOU).
14. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingskadeavgift (21 kap. 2 § första stycket LOU).



15. Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift ska inte göras (21 kap. 1 och 5 §§ LOU).⁷
16. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft (21 kap. 6 § LOU).

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

Tillämpliga bestämmelser

17. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde (21 kap. 4 § LOU).
18. För att avgöra hur hög upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet på det avtal som har fått bestå beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska ske enligt 3 kap. 3 och 5 §§. Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.⁸

Upphandlingens värde

19. Kammarrätten har i den aktuella domen bedömt att beräkningen av Avtalets värde ska utgå utifrån den angivna månadskostnaden multiplicerat med dess längsta giltighetstid om 17 månader med tillägg för värdet på det tidigare avtal som ogiltigförklarades, och som Kammarrätten konstaterade att Regionen fortsatte nyttja under januari till och med juni 2021.
20. Konkurrensverket har inte funnit skäl att beräkna upphandlingens värde på något annat sätt. I avtalet anges en månadsavgift om 35 417 kronor. Värdet för hela avtalet blir då 602 089 kronor (17 x 35 417). Till det tillkommer 205 080 kronor från det tidigare avtalet (6 x 34 180). Det sammanlagda kontraktsvärdet blir då 807 169 kronor.
21. Regionen har under utredningen uppgett att den, utifrån Kammarrättens dom, godtar Konkurrensverkets beräkning av värdet.

Maximal upphandlingsskadeavgift

22. Upphandlingsskadeavgiften kan, mot bakgrund av det beräknade värdet på Avtalet, uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 80 716 kronor (807 169 x 0,1).

⁷ Även HFD 2014 ref. 49 och HFD 2017 ref. 45.

⁸ HFD 2014 ref. 69.



Överträdelsen sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

23. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas 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 (21 kap. 5 § LOU).
24. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.⁹
25. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas. 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.¹⁰
26. 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 till exempel rättsläget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹¹ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹²
27. Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet ska ha agerat med uppsåt eller av oaksamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en otillåten direktupphandling.¹³

⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 196.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och s. 369f.

¹¹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 370.

¹² Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197; även HFD 2014 ref. 69.

¹³ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 368.



Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

28. Regionen har genomfört en otillåten direktupphandling vilket är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsregelverket. Detta är en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde.
29. Det finns ett stort utrymme att ta hänsyn till samtliga relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte.¹⁴ Ett tydligt exempel på en sådan omständighet som bör beaktas är att ett avtal fortsätter att fullgöras trots att avtalet har förklarats ogiltigt i en dom som har vunnit laga kraft.¹⁵
30. I det nu aktuella fallet ingicks Avtalet kort efter att förvaltningsrätten hade beslutat att ett tidigare, i allt väsentligt likalydande avtal med samma leverantör skulle ogiltigförklaras. I Avtalet angavs dessutom att det skulle gälla retroaktivt från den 1 juli 2021, två dagar efter att förvaltningsrättens dom hade vunnit laga kraft. Detta har skett utan att någon annonserad upphandling har skett, trots att förvaltningsrätten hade förklarat att så borde ha skett. Även om det således är fråga om ett nytt avtal, som inte direkt omfattades av den domen, är beteendet i allt väsentligt att jämställa med att fortsätta tillämpa ett avtal som har ogiltigförklarats.¹⁶
31. Detta agerande utgör en allvarlig överträdelse av upphandlingsbestämmelserna. Regeringen har i förarbetena till bestämmelserna om ogiltighet uttalat att det är en högst otillfredsställande situation att en upphandlande myndighet väljer att inte följa ett avgörande från domstol.¹⁷ Även Riksdagens ombudsmän (JO) har vid flera tillfällen riktat allvarlig kritik mot kommuner som inte har följt lagakraftvunna avgöranden i mål om överprövning enligt LOU.¹⁸ JO har bland annat uttalat att det strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande att inte respektera domstolsavgöranden.¹⁹
32. Gällande regionens invändning om den synnerligt viktiga verksamheten kan konstateras att det faktum att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte i sig kan motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Regionen har redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig att det fanns 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

¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 369.

¹⁵ HFD 2022 ref 19.

¹⁶ Det kan nämnas att HFD i det i fotnot 15 nämnda målet anförde att förfarandet att fortsätta tillämpa ett avtal som har ogiltigförklarats egentligen får till konsekvens att ett nytt, likalydande avtal får anses ha ingåtts.

¹⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 220.

¹⁸ Se t.ex. JO:s beslut 3497-2000, 3006-2005, 1282-2007 och 3026-2009.

¹⁹ JO:s beslut 3026-2009.

det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse. En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

33. Det har i övrigt inte framkommit några omständigheter som kan anses vara förmildrande. Det föreligger inte heller några sådana omständigheter som kan medföra att avgiften ska efterges. Det är inte heller fråga om ett ringa fall.
34. Vid en sammantagen bedömning av omständigheter i ärendet får en upphandlingsskadeavgift på 50 000 kronor anses vara en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen. Vid bedömningen har Konkurrensverket även beaktat som försvårande att det är fråga om ett upprepat beteende från regionens sida.²⁰

Sekretess

35. Regionen har till Konkurrensverket framfört att Avtalen innehåller uppgifter som omfattas av sekretess enligt 1 kap. 16 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Regionen har, tidigare till Förvaltningsrätten i samband med mål om överprövning och under utredningen hos Konkurrensverket, gett in versioner av avtalen i vilka Regionen har maskerat de uppgifter som den anser omfattas av sekretessen. Dessa versioner har bifogats ansökan. Det erinras om att ansökan innehåller vissa av dessa uppgifter i samband med beräkningen av Avtalets värde, som därför torde omfattas av samma sekretessbestämmelser (se ovan, p 20).

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt, och ansökan saknar därför namnunderskrifter.

Marie Östman
Chefsjurist

Stefan Olsen Siri
Processråd

²⁰ Förvaltningsrätten i Härnösands domar den 24 september 2019 i mål nr 1917-19 och den 21 april 2023 i mål nr 4600-22.

Bifogas

- Bilaga 1 – Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1738-22
- Bilaga 2 – Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 7480-22
- Bilaga 3 a – Avtal från 2020 – omaskerad version
- Bilaga 3 b – Avtal från 2020 – maskerad version
- Bilaga 4 – Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 7 juni 2021
- Bilaga 5 a – Avtal 2021 – omaskerad version.
- Bilaga 5 b – Avtal 2021 – maskerad version.