



KLAGANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Statens konstråd, 202100-1033

Ombud: Advokat AA och biträdande jurist BB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 2 december 2020
i mål nr 4299-20, se bilaga A

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

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

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att kammarrätten beslutar att Statens konstråd ska betala 105 000 kr i upphandlingsskadeavgift och för fram i huvudsak följande. Den beslutade avgiften motsvarar inte överträdelsens sanktionsvärde och är därmed varken proportionerlig eller avskräckande. Underlåtelse att rätta sig efter en domstols avgörande utgör domstolstrots. Agerandet är allvarligt då det bland annat riskerar att urholka respekten för upphandlingsreglerna och vad domstol har bestämt. För att åtgärda en eventuell ovilja hos en upphandlande myndighet att följa domstolens avgöranden behöver domstolstrots resultera i en effektiv och avskräckande upphandlingsskadeavgift.

Statens konstråds anskaffning av det textila konstverket Rörelse har i två separata domstolsprövningar konstaterats ha skett genom en otillåten direktupphandling. Frågan i detta mål är hur omständigheterna kring den aktuella överträdelsen ska bedömas när avgiftens storlek ska bestämmas, närmare bestämt om det föreligger sådana försvårande omständigheter som ska inverka i höjande riktning på avgiftens storlek eller inte. Det vidhålls att Statens konstråds agerande är försvårande.

Det är ostridigt i målet att Statens konstråd inte har vidtagit några åtgärder för att efterleva domen om avtalets ogiltighet. Inte heller har några åtgärder vidtagits under överprövningsprocessen för att minimera konsekvenserna av ett potentiellt bifall till ansökan om överprövning. I stället har arbetsprocessen fortgått enligt planering och den avtalade ersättningen har utgått trots pågående domstolsprövning och senare dom där avtalet förklarats ogiltigt. Statens konstråd hade, trots att prestationerna delvis uppfyllts vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom, en skyldighet att låta dessa återgå. För prestationer som inte kunde återgå borde Statens konstråd ha utgett ersättning. I stället beslutade konstrådet att ignorera förvaltningsrättens dom och fullfölja avtalet.

Rättsmedelsdirektivets krav på att medlemsstaterna ska se till att domstolarnas avgöranden verkligen följs framhålls också i förarbetena till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Om en upphandlande myndighet eller enhet, i strid med en domstols avgörande, fortsätter att tillämpa ett avtal som förklarats ogiltigt torde det enligt förarbetena kunna betraktas som en otillåten direktupphandling varpå avtalet återigen kan ogiltigförklaras eller upphandlingsskadeavgift påföras (prop. 2009/10:180 s. 220). Av det anförda följer att det ska finnas alternativa sanktioner för agerandet att fortsätta tillämpa ett ogiltigförklarat avtal. Den utdömda avgiften är dock inte tillräckligt effektiv eller avskräckande för att rättsmedelsdirektivets krav i detta hänseende skall anses ha uppfyllts.

Det är tidpunkten för förvaltningsrättens dom om ogiltighet som är avgörande för bedömningen. Konstrådets agerande vid tidpunkten har varit sådant att syftet med bestämmelserna förlorade sin betydelse till nackdel för såväl konkurrensen generellt som de ekonomiska aktörer som bestämmelserna avser att skydda. Vid den tidpunkten hade det aktuella konstverket ännu inte levererats och det fanns alltså inte några hinder mot att låta prestationen återgå. Mot den bakgrunden måste konstrådets agerande anses utgöra en försvårande omständighet. Konstrådets osäkerhet om förhållandena i det enskilda fallet har uppfyllt de krav som har uppställts för direktupphandling, är inte en osäkerhet som kan räknas konstrådet till godo när myndigheten har gått vidare med arbetet efter att begäran om överprövning har skett.

Statens konstråd anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Det föreligger ingen försvårande omständighet som motiverar en höjning av upphandlingsskadeavgiften. Det har varken varit praktiskt möjligt eller rimligt att kräva att prestationerna ska återgå eller på annat sätt återställa förmögenhetsläget när förvaltningsrättens dom vann laga kraft.

Det har vidare inte funnits någon skyldighet att vidta åtgärder innan domen vann laga kraft.

Agerandet kan inte ses som en försvårande omständighet vid bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek eftersom det inte funnits något alternativt tillvägagångssätt. Den beslutade avgiften är hög i förhållande till kontraktsvärdet och måste därför anses utgöra en tillräckligt avskräckande sanktion.

Påståendet att Statens konstråd haft en rättslig skyldighet att vidta åtgärder så snart förvaltningsrättens dom meddelades och rentav tidigare än så genom att tillfälligt avbryta skapandeprocessen eller på andra sätt minimera konsekvenserna av ett potentiellt bifall till ansökningen om överprövning saknar grund och är felaktigt.

Begreppet domstolstrots syftar typiskt på fall då en myndighet underlåter att efterkomma en lagakraftvunnen dom eller ett beslut som gäller intill dess att annat har beslutats. En domstols dom eller beslut enligt LOU följer huvudregeln för avgöranden av förvaltningsdomstolar, nämligen att de inte gäller omedelbart om detta inte följer av LOU eller i annan lag eller författning. Huvudregeln är att en förvaltningsdomstols avgörande är verkställbart först sedan det vunnit laga kraft, vilket har klargjorts av Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, i ett mål gällande en dom genom vilket ett avtal förklarats ogiltigt (HFD 2012 ref. 27). Eftersom en dom om ogiltigförklaring av ett avtal inte gäller omedelbart finns det inte något hinder mot att avtalet fullföljs innan domen vinner laga kraft.

Det fanns inget interimistiskt beslut med innebörd att Statens konstråd inte fick fullgöra avtalet. Statens konstråd har agerat i enlighet med ett avtal som alljämt varit giltigt. Av samma skäl stämmer inte heller påståendet att agerandet under tiden för överprövningen skulle kunna betraktas som en ny otillåten direktupphandling.

Det ifrågasätts inte att huvudregeln vid ogiltigförklaring av ett avtal är att prestationerna ska gå åter. I detta fall har det emellertid inte varit möjligt att låta prestationerna återgå eftersom den konstnärliga gestaltningen överlåtits till fastighetsägaren vid den tidpunkt då förvaltningsrättens dom vann laga kraft. Statens konstråd hade inte längre någon förfoganderätt över verket. Återgång av prestationerna har därför inte varit möjlig och kan därför inte ses som en försvårande omständighet vid bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Det ifrågasätts inte att utgångspunkten när prestationer inte kan återgå är att förmögenhetsläget ska återställas på annat sätt. Det är emellertid omöjligt för en part som inte berikats genom ett avtal att återställa förmögenhetsläget. Huruvida återgång av prestationer eller återställande av förmögenhetsläge är praktiskt genomförbart måste bedömas mot bakgrund av omständigheterna i varje enskilt fall.

Eftersom det varken har varit möjligt att låta prestationerna återgå eller återställa förmögenhetsläget när förvaltningsrättens dom vann laga kraft vore det orimligt att låta detta utgöra en försvårande omständighet vid bedömning av avgiftens storlek. Den beslutade avgiften på 80 000 kr är en hög sanktionsavgift i förhållande till kontraktets värde. Konkurrensverket har själva uttalat att avgifter motsvarande sju till åtta procent av avtalets värde normalt sett döms ut vid otillåtna direktupphandlingar. Den beslutade avgiften utgör sju procent av kontraktsvärdet.

Bedömningen av upphandlingsskadeavgiften ska göras mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Det bör till exempel beaktas om den upphandlande myndighetens agerande kan betraktas som särskilt klandervärt. HFD har konstaterat att det högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall (HFD 2014 ref. 69). Den avgift som yrkas av Konkurrensverket är anmärkningsvärt hög.

Statens konstråds agerande utgör inte ett medvetet kringgående av lagstiftningen vilket bör beaktas vid bedömning av sanktionsvärdet. Myndigheten utsätts varje år för ett antal överprövningar där domstolen har att ta ställning till om konstnärundantaget varit tillämpligt eller om det finns förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt. Domstolen har under ett decennium förklarat att undantaget tillämpas med den urskillning som krävs. Det nu aktuella avtalet är det enda som förklarats ogiltigt. Beslut om att tillämpa konstnärundantaget fattas inte lättvindigt eller slentrianmässigt. Vad som utgör ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation baseras emellertid ofrånkomligen till stor del på subjektiva bedömningar. Det är svårt att med säkerhet veta att en domstol kommer bedöma förutsättningarna i det enskilda fallet på samma sätt som den upphandlande myndigheten gör. Det bör tas ställning till alla relevanta omständigheter vid bedömning av en överträdelses sanktionsvärde. Bedömningen inkluderar förhållanden hos den upphandlande myndigheten, till exempel att det rör sig om ett upprepat beteende att företa otillåtna direktupphandlingar eller bristande rutiner. Domstolen bör även ta hänsyn till om rättsläget i någon mån varit oklart.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det som målet gäller

Frågan i målet är om det ska anses som en försvårande omständighet vid bestämmande av upphandlingsskadeavgift att Statens konstråd slutfört en upphandling sedan förvaltningsrätten förklarat det ingångna avtalet ogiltigt.

Rättslig reglering m.m.

Av 21 kap. 5 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, framgår att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena till bestämmelsen framgår bl.a. att otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt (prop. 2009/10:180 s. 197).

Huvudregeln är att förvaltningsdomstols avgörande är verkställbart först sedan det vunnit laga kraft. I författning kan emellertid föreskrivas att ett avgörande ska gälla omedelbart. Några sådana bestämmelser finns inte i LOU. Undantag från huvudregeln kan även motiveras av att beslutet är av sådan karaktär att det måste anses gälla omedelbart för att det ska kunna fylla sin funktion (jfr HFD 2012 ref. 27). Ett exempel på det senare förhållandet är RÅ 2005 ref. 17, där HFD ansåg att en dom om att en upphandling ska göras om gäller omedelbart i den del domen kan sägas innefatta ett förbud mot att fortsätta upphandlingen.

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande om ogiltigförklaring av avtal (prop. 2009/10:180 s. 361). Om ett avtal förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelserna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer. En annan tänkbar situation är en byggnad som uppförts till hälften när avtalet förklaras ogiltigt. I en sådan situation får ersättning lämnas för de prestationer som redan har utförts, medan framtida prestationer inte får utföras.

Kammarrättens bedömning

Av utredningen framgår bl.a. följande. Statens konstråd slöt den 29 juli 2018 ett avtal med konstnären CC 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 9 september 2020.

När förvaltningsrättens dom vann laga kraft hade konstverket färdigställts 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 CC 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 förtgå som särskilt försvarande 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Anna Lönnestav
kammarrättsråd
ordförande

Erik Hjulström
kammarrättsråd

Babak Werngren
tf. assessor
referent

/ Johan Nykvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

Meddelad i Stockholm

2020-12-02

Mål nr
4299-20

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART

Statens konstråd, 202100-1033

Ombud: AA och bitr. jurist BB

SAKEN

Upphandlings-skadavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar Förvaltningsrätten att Statens konstråd ska betala en upphandlings-skadavgift om 80 000 kr.

Dok.Id 1213236

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

-

www.domstol.se/forvaltningsrat

E-post: avd31.fst@dom.se

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten, med stöd av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Statens konstråd ska betala 105 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Skälen för ansökan framgår av bilaga 1 (till ansökan fogade underbilagor har här uteslutits).

Statens konstråd bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Överträdelsen har ett så lågt sanktionsvärde att det är fråga om ett ringa fall och någon upphandlingsskadeavgift bör därför inte beslutas. Avgiften bör i vart fall begränsas till lägsta möjliga. Statens konstråd gjorde bedömningen att konstnärundantaget var tillämpligt, dels mot bakgrund av den slutliga kravspecifikationen som tagits fram, dels mot bakgrund av det utförliga arbete som genomförts dessförinnan och myndighetens tidigare erfarenhet av liknande anskaffningar. Förvaltningsrätten hade i ett stort antal tidigare avgöranden avslagit ansökningar om överprövning av myndighetens direktupphandlingar av konst under omständigheter som var liknande som i aktuellt fall. Trots att konstrådet genomförde den aktuella anskaffningen på ett sätt som myndigheten uppfattade var förenlig med lagstiftningen gjorde förvaltningsrätten denna gång bedömningen att myndigheten inte visat att avsikten varit att anskaffa ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.

Rättsläget är oklart vilket utgör en förmildrande omständighet som bör beaktas vid bedömning av överträdelsens sanktionsvärde. Ordalydelsen i artikel 32.2. b) i) i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) som ligger till grund för bestämmelsen i 6 kap. 14 § 1 LOU skiljer sig från motsvarande bestämmelse i det numera upphävda direktivet från 2004 (Europaparlamentets och Rådets direktiv

2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtrepenader, varor och tjänster). I LOU-direktivet får konstnärundantaget användas om syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett ”unikt konstverk” eller en ”unik konstnärlig prestation”, medan det enligt det tidigare direktivet krävdes att kontraktet av ”konstnärliga skäl” endast kunde tilldelas en bestämd ekonomisk aktör. Även om Högsta förvaltningsdomstolens bedömningar i RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not 134 fortfarande får anses relevanta är de baserade på den äldre LOU-lagstiftningen. Kammarrätten i Stockholm har i två avgöranden från 2017 (mål nr 8254-16 och 6434-16) gjort bedömningen att den förändrade ordalydelsen i nya LOU-direktivet innebar att den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning gavs utökad betydelse. Kammarrätten ansåg 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 inte behövde, på ett objektivt sätt, visa att det inte fanns någon annan leverantör som haft möjlighet att utföra uppdraget. Domarna var alltjämt gällande när det i målet aktuella avtalet tecknades. I två senare domar (mål nr 9237-18 och mål nr 9238-18) gjorde samma kammarrätt bedömningen att rättsläget inte alls hade förändrats genom nya LOU-direktivet och att den praxis som redan fanns på området alltjämt fick anses vägledande. Det föreligger därmed en osäkerhet kring undantagets tillämplighet och vad domstolarna har att ta hänsyn till i sin bedömning. När avtalet mellan Statens konstråd och CC ingicks hade kammarrättens avgöranden från 2019 ännu inte meddelats. Statens konstråd utgick från gällande rätt vid tillfället för beslutet, dvs. det som fastslagits av HFD och senare utvecklats i kammarrättens avgöranden från 2017 och som manifesterats i en mängd underrättsavgöranden. Förvaltningsrätten har i flera avgöranden, utifrån kammarrättens avgöranden, avslagit ansökningar om överprövning av myndighetens direktupphandlingar av konst under omständigheter som varit liknande som det nu ak-

tuella. Det är i dagsläget inte tydligt i vilka situationer undantaget är tillämpligt och vad som krävs för att en upphandlande myndighet ska anses ha visat att syftet varit att anskaffa ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Konkurrensverkets generaldirektör har i ett nyligen publicerat pressmeddelande anfört att "det är bra att få ytterligare klarhet i var gränserna går för annonseringsskyldighet vid köp av konstverk och när undantaget för konstnärlig prestation kan tillämpas".

Den av Konkurrensverket yrkade avgiften är anmärkningsvärt hög. Avgiften kan maximalt uppgå till 114 000 kr, vilket innebär att den yrkade avgiftens storlek utgör 92 procent av maxbeloppet. Eftersom rättsläget är oklart kan överträdelsen inte anses vara "klar" på det sätt som krävs för att generera ett högt sanktionsvärde. Överträdelsen beror inte på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen från Statens konstråds sida. Det finns därför skäl att bedöma sanktionsvärdet som så pass lågt att den aktuella överträdelsen ska ses som ett ringa fall. Det saknas därutöver skäl att besluta om en upphandlingsskadeavgift på grund av dess avskräckande effekt.

Det vore oskäligt att låta förhållandet att prestationerna inte har återgått utgöra en försvarande omständighet vid bedömningen av avgiftens storlek. Slutbesiktning och kvittens av det byggnadsanknutna konstverket under tecknades av samtliga parter den 19 juni 2019. I och med slutbesiktning och signering av kvittens har konstverket färdigställts och överlämnats i fastighetsägarens ägo. Förvaltningsrättens dom vann laga kraft efter det att den aktuella tjänsten redan hade utförts och det färdiga konstverket överlämnats Akademiska Hus. Det skulle vara mycket svårt att på ett effektivt och professionellt sätt utföra det uppdrag Statens konstråd tilldelats om myndigheten behöver avbryta arbetet med ett verk vid varje tillfälle en ansökan om överprövning inkommit till förvaltningsrätten. Det har inte förelegat tillräckliga skäl att avbryta skapandeprocessen innan förvaltningsrättens dom vunnit laga kraft. Även om det skulle vara fysiskt genomförbart att nedmontera konstverket har det inte varit praktiskt möjligt, eftersom verket inte längre

ägs av den upphandlande myndigheten. En återgång av prestationerna har därför inte varit möjlig.

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och anför bl.a. följande. Rättsläget gällande konstnärundantaget är inte oklart som en följd av den uppdaterade ordalydelsen i direktivtexten. Det är osannolikt att unionslagstiftaren hade för avsikt att ändra villkoren för undantagsbestämmelsen för konstnärliga skäl genom den ändrade ordalydelsen i 2014-års direktiv. Högsta förvaltningsdomstolens praxis är därmed alltjämt relevant.

Det har varit praktiskt genomförbart och rimligt för Statens konstråd att efterleva förvaltningsrättens dom genom att montera ned den textila ridån och låta prestationerna återgå. Det är allvarligt att en part som företräder det allmänna i en domstolsprocess väljer att inte efterkomma domstolens beslut. Statens konstråds beslut att inte efterleva förvaltningsrättens dom är därför en försvarande omständighet. Det bör också beaktas att de huvudsakliga förberedelserna inför, all produktion samt montering av ridån skedde i tiden efter att det blivit känt att avtalets giltighet var föremål för prövning.

Det finns inga omständigheter som talar för att det skulle vara fråga om ett ringa fall. Det är endast i sällsynta situationer som det kan bli aktuellt att inte påföra någon upphandlingsskadeavgift. Vid bedömningen saknar det betydelse huruvida Statens konstråd haft uppsåt att kringgå upphandlingslagstiftningen eller inte. Prövningen av om det har förelegat undantag från annonseringsskyldigheten till följd av konstnärliga skäl måste göras i varje enskilt fall. Det saknar betydelse vid prövningen huruvida Statens konstråd i tiden innan och efter förvaltningsrättens dom i mål nr 21024-18 har bedömts ha fog för att tillämpa undantaget i andra upphandlingar än den aktuella.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU.

Av 21 kap. 2 § andra stycket LOU följer att tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.

Av 21 kap. 5 § LOU följer att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

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 förklarar ett ingånget avtal den 29 juli 2018 mellan

Statens konstråd och CC om utförande av platsspecifik byggnadsanknuten konst för nytt studenthus Campus Valla, Linköpings uni-versitet 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 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 allvarigare 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. företaga 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 alltjämt 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 förvärfvas 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 innebar 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 objektivt 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 9 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 att 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 2 (FR-05).

Anna Vilgeus Huldt
TfRådman

Carina Westin har varit föredragande.

ANSÖKAN

2020-02-21 Dnr 147/2020

1 (9)

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 StockholmFÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

INKOM: 2020-02-21

MÅLNR: 4299-20

AKTBIL: 1

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Statens konstråd, Hälsingegatan 45, 113 31 Stockholm

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 3 LOU beslutar att Statens konstråd ska betala 105 000 (etthundrafemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

Grunder

1. Statens konstråd har den 29 juli 2018 ingått ett avtal angående platsspecifik byggnadsanknuten konst till Studenthuset vid Linköpings universitet utan föregående annonsering enligt 19 kap. 9 § LOU. Det saknades förutsättningar att ingå avtal utan sådan annonsering. Avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Bakgrund och omständigheter

2. Statens konstråd är en statlig myndighet som har till uppgift att verka för att konsten blir ett betydelsefullt inslag i samhällsmiljön, genom att bland annat medverka till skapandet och utvecklingen av offentlig konst och gestaltning av gemensamma miljöer.¹
3. I ovan beskrivna egenskap deltog Statens konstråd, tillsammans med bland andra företrädare för Linköpings universitet och Akademiska hus AB (samrådsgruppen), i anskaffandet av en konstnärlig gestaltning till det nya Studenthuset vid Linköpings universitet. Den konstnärliga gestaltningen skulle bestå av en textil ridå i Studenthusets entrérum.
4. Samrådsgruppen utarbetade under våren 2017 en kravspecifikation för den konstnärliga gestaltning som man önskade uppföra. Utifrån kravspecifikationen studerade samrådsgruppen ett antal konstnärskap och gestaltungsuttryck för att hitta en konstnär som i en platsspecifik konstnärlig gestaltning i Studenthuset kunde gestalta den mångfald av nationaliteter som universitetet representeras av. Sex olika konstnärskap studerades utifrån den framtagna kravspecifikationen, varefter en konstnär valdes ut.
5. Statens konstråd ingick ett avtal med konstnären den 29 juli 2018 avseende uppförandet av det textila verket *Rörelse* (Avtalet), se bilaga 1.
6. Den 12 september 2018 hölls ett startmöte mellan Statens konstråd, konstnären och en underleverantör i projektet. Samma dag påbörjade underleverantören sitt arbete. Underleverantörens arbete bestod i att ta fram och sy detaljer med tekniska och konstnärliga lösningar till samtliga delar av ridån. Alla delar överfördes till pappersmallar av en förstoringsfirma och utifrån dessa mallar klipptes sedermera olika textila delar ut och syddes samman. Samtliga förberedelser inför produktion pågick mellan september och december 2018 och stämdes av med konstnären inför produktionen som skulle starta i december 2018.

¹ Se 1 § Förordning (2007:1188) med instruktion för Statens konstråd.

7. Under januari 2019 målade konstnären de textila delarna och under februari – maj 2019 sydde underleverantören samman alla delar parallellt med avstämningar, justeringar och en provhängning.
8. Ridån monterades i Studenthuset den 28 maj 2019. Slutbesiktning och kvittens signerades av Statens konstråd den 19 juni 2019.

Överprövningen av Avtalets giltighet

9. Den 17 september 2018 inkom en ansökan om överprövning av Avtalets giltighet till Förvaltningsrätten i Stockholm. Sökandena gjorde gällande att Statens konstråd på ett otillåtet sätt direktupphandlat Avtalet med hänvisning till undantagsbestämmelsen avseende konstnärlig prestation i 6 kap. 14 § första stycket LOU.
10. I sitt avgörande den 22 maj 2019 biföll förvaltningsrätten ansökan och förklarade Avtalet ogiltigt, se bilaga 2. Förvaltningsrätten bedömde att den konstnärliga gestaltningen som Statens konstråd önskat upphandla var beskriven på ett allmänt sätt i det beslutsunderlag som låg till grund för anskaffningen, och att det var en större krets av konstnärer som motsvarade de krav som ställts rörande utformningen av konstverket och tidigare erfarenheter. Förvaltningsrätten bedömde därför att det som framgick av beslutsunderlaget inte var tillräckligt för att visa att syftet med upphandlingen var att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation. Eftersom Statens konstråd inte hade visat att undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU var tillämplig saknades möjlighet att direktupphandla på det sätt som skett. Statens konstråd hade således genomfört en otillåten direktupphandling.
11. Statens konstråd överklagade domen till Kammarrätten i Stockholm som genom ett beslut den 25 juni 2019 valde att inte bevilja prövningstillstånd, se bilaga 3.
12. Kammarrättens beslut överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen (HIFD). Förvaltningsrättens avgörande vann laga kraft den 5 september 2019 när HIFD beslutade att inte meddela prövningstillstånd, se bilaga 4.
13. Det har under utredningens gång framkommit att Statens konstråd inte har efterlevt domen.

Det saknades förutsättningar att tillämpa undantaget för konstnärlig prestation

Avtalets karaktär och värde

14. Förevarande ansökan om upphandlingsskadeavgift grundar sig på Avtalet, dvs. det avtal som Statens konstråd ingick den 29 juli 2018 om uppförandet av det textila verket *Rörelse*.
15. Avtalet är ett varukontrakt enligt 1 kap. 24 § LOU.
16. Enligt huvudregeln i LOU ska upphandlingar annonseras och alla leverantörer ska därigenom få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud (se 10 kap. 1 § och 19 kap. 9 § LOU). Upphandlingar med ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärdet som är aktuellt (den så kallade direktupphandlingsgränsen) behöver inte annonseras. 2018 uppgick direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor. För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska få ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpliga. Bestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU är ett sådant undantag.
17. Av Avtalet framgår att ersättningen för konstverket uppgick till 1 140 000 kronor exklusive mervärdesskatt enligt följande betalningsplan:
 - 59 792 kronor i form av förskottsbetalning
 - 320 208 kronor vid undertecknande av Avtalet
 - 380 000 kronor under arbetets gång samt slutligen ytterligare
 - 380 000 kronor efter att gestaltningen slutbesiktigats och godkänts av Statens konstråd och fastighetsägaren.
18. För varukontrakt som understiger tröskelvärdet om 1 365 782 kronor, vilket är fallet här, ska 19 kap. LOU tillämpas. Av 19 kap. 8 § LOU framgår att värdet av en upphandling ska beräknas till det totala belopp som ska betalas. Avtalets värde ska därmed beräknas till 1 140 000 kronor exklusive mervärdesskatt.

Undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § LOU

19. Enligt 6 kap. 14 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller

en unik konstnärlig prestation. Bestämmelsen ska precis som övriga undantag från annonseringsskyldigheten tillämpas restriktivt.²

20. Av praxis framgår att det inte krävs att den upphandlande myndigheten ska kunna påvisa att ingen annan leverantör kan skapa ett likvärdigt konstverk. Avgörande för bedömningen av bestämmelsens tillämplighet är i stället att den upphandlande myndighetens krav och önskemål på den konstnärliga gestaltningen inte är för allmänt hållna utan visar på syftet att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation.³ Valet av leverantör kan därmed komma att till stor del baseras på estetiska bedömningar.⁴
21. I beslutsunderlaget för upphandlingen av den byggnadsanknutna konsten i förevarande ärende återfinns följande kravspecifikation (se bilaga 5):
- konstnären ska uppvisa hög konstnärlig kvalitet i sitt konstnärskap
 - konstnären ska ha stor erfarenhet av att arbeta med gestaltningar både exteriört och interiört i offentliga rum i nära samarbete med arkitekter
 - konstnären ska i sina tidigare genomförda verk uppvisa en hög professionell nivå både konstnärligt och tekniskt
 - konstnären ska i sitt konstnärskap visa på konstnärliga arbeten som behandlar den mångkulturella aspekten på ett innovativt och konstnärligt intressant sätt
 - konstnären ska tidigare ha arbetat med gestaltningar som berör mångkulturella sammanhang
 - konstnären ska kunna redovisa genomförda verk i olika material för hårt belastade exteriöra miljöer och ha stor erfarenhet av hur material åldras
 - konstnären ska ha förmågan att skapa verk av hög kvalitet för både den exteriöra och den interiöra miljön på platsen
 - konstnären ska kunna visa prov på gestaltningar där materialet är en viktig del av konstens uttryck
 - konstnären ska ha förmåga att hantera skalan i relation till storskalig arkitektur och betrakta konsten utifrån ett långsiktigt brukarperspektiv
 - konstnären ska ha erfarenhet av att arbeta med textila uttryck i offentliga miljöer, och

² Se bland annat mål 199/85 *Kommissionen mot Italien* punkt 14, C-20/01 och C-28/01 *Kommissionen mot Tyskland* punkt 58, C-385/02 *Kommissionen mot Italien*, punkt 19, C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, punkt 33 och C-26/03 *Stadt Halle*, punkt 46, prop. 2001/02:142 s. 99, prop. 2006/07:128 s. 291 samt HFD:s uttalanden i RÅ 2005 ref 10, RÅ 2008 ref 79 och RÅ 2009 not 134.

³ Se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9238-18. Jfr även HFD:s avgörande RÅ 2009 not. 134 där uppdragsbeskrivningen ansågs för allmänt hållen för att tillåta en tillämpning av undantagsbestämmelsen.

⁴ Se HFD:s avgörande RÅ 2008 ref. 79.

- konstnären ska behärska ett skulpturalt och koloristiskt formspråk med inslag av klinker.
22. Det beslutade upphandlingsförfarandet motiveras vidare på bland annat följande sätt.⁵ Samrådsgruppen har utifrån den aktuella kravspecifikationen studerat ett stort antal konstnärskap och gestaltungsuttryck med målsättningen att hitta ett konstnärskap som kan hantera den mångkulturella miljö som den platsspecifika konstnärliga gestaltningen ska förhålla sig till. Stor vikt har lagts vid att den konstnärliga gestaltningen ska innehålla poetiska och konceptuella aspekter som stärker universitetets identitet i samtiden. Utifrån projektets förutsättningar och kravspecifikation har ett konstnärskap utkristalliserat sig som uppfyller uppställda krav.
23. Konkurrensverket instämmer i förvaltningsrättens bedömning att den konstnärliga gestaltning som Statens konstråd önskat upphandla är beskriven på ett allmänt sätt i beslutsunderlaget.⁶ Av utredningen i ärendet framgår att samrådsgruppen granskade sex olika konstnärskap innan valet av konstnär gjordes.⁷ Enligt Konkurrensverket är det dock mycket sannolikt att en betydligt större krets av konstnärer hade kunnat uppfylla önskemålen i den aktuella kravspecifikationen än den som direkttilldelades uppdraget, eftersom kraven var så pass allmänt hållna. Det saknades således förutsättningar att tillämpa undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket LOU och avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgift

24. Vid en otillåten direktupphandling får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁸ Det finns inget krav på att den upphandlande myndigheten ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet 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 överträdelse.⁹
25. 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.¹⁰

⁵ Se bilaga 5 s. 3 "Motivering till beslutat upphandlingsförfarande".

⁶ Se bilaga 2 s. 9 andra stycket.

⁷ Se bilaga 5 s. 6 "Konstnärskap som beaktats utifrån kravspecifikationen och under arbetet med denna".

⁸ 21 kap. 1 § 3 LOU.

⁹ Se prop. 2009/10:180 del 1 s. 193 och 368.

¹⁰ A. prop. s. 196-197.

26. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 § LOU.¹¹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹² Konkurrensverket har beräknat kontraktsvärdet till 1 140 000 kronor (se punkt 18 ovan). Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst $(1\,140\,000 \times 0,1)$ 114 000 kronor.
27. 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.¹³
28. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter, såväl försvårande som förmildrande, 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. Av betydelse är bland annat den upphandlande myndighetens agerande. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁴ 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. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.¹⁵ Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁶
29. Att Avtalet har förklarats ogiltigt av en domstol är också en omständighet som kan påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vid bedömningen av vilken betydelse det har för avgiftens storlek att ett avtal har ogiltigförklarats är det av vikt att se på rättsverkningarna av ogiltigheten och syftet med bestämmelsen om ogiltighet av avtal. När ett avtal förklaras ogiltigt innebär det att skyldigheten att fullfölja avtalet bortfaller för båda parterna. Om förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis har uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig ska i stället det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts återställas. Om en levererad vara redan förbrukats eller en tjänst redan genomförts kan parterna få utge ersättning motsvarande den nytta de haft av varandras prestationer. I en situation där en byggnad delvis uppförts när

¹¹ 21 kap. 4 § LOU.

¹² Se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 69.

¹³ 21 kap. 5 § LOU.

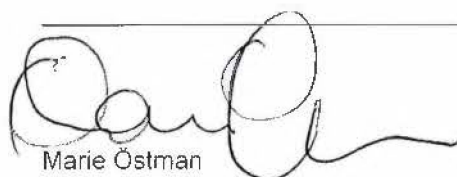
¹⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197 och 369–370.

¹⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 197–198 och 369–370.

¹⁶ A. prop. s. 197 och jfr exempelvis 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.

avtalet förklaras ogiltigt, får ersättning lämnas för de prestationer som redan utförts medan framtida prestationer inte får utföras.¹⁷

30. I de fall ett ogiltigförklarande inte efterlevs, dvs. när det varken sker en återgång av prestationerna eller återställande av förmögenhetsläget, får domstolens avgörande ingen praktisk effekt. 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.¹⁸ Även Riksdagens ombudsmän (JO) har vid flera tillfällen riktat allvarlig kritik mot kommuner som inte följt lagakraftvunna avgöranden i mål om överprövning enligt LOU.¹⁹ JO har bland annat uttalat att det strider mot grundläggande krav på offentliga organs uppträdande att inte respektera domstolsavgöranden.²⁰
31. Enligt Konkurrensverkets mening är det mot bakgrund av det anförda en försvårande omständighet när en upphandlande myndighet avstår från att låta prestationerna återgå enligt ett ogiltigförklarat avtal, när en sådan återgång varit praktiskt möjlig att genomföra och rimlig att kräva. Bedömningen har stöd i praxis.²¹
32. Enligt uppgift från Statens konstråd har några åtgärder inte vidtagits efter att Avtalet förklarades ogiltigt. Konkurrensverkets bedömer, oaktat vad Statens konstråd har anfört som skäl för detta, att det var praktiskt genomförbart och rimligt för Statens konstråd att efterleva domen genom att låta prestationerna återgå. Det beskrivna agerandet är allvarligt då det bland annat riskerar att urholka respekten för rådande upphandlingsregler och vad domstol har bestämt.²² Beslutet att inte efterleva domen är därför en försvårande omständighet som ska inverka i höjande riktning på avgiftens storlek.
33. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 105 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.



Marie Östman



Natacha Otte Widgren

¹⁷ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 361.

¹⁸ A. prop. s. 220.

¹⁹ Se t.ex. JO:s beslut 3497-2000, 3006-2005, 1282-2007 och 3026-2009.

²⁰ JO:s beslut 3026-2009.

²¹ Jfr Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 1438-18.

²² Ibid.

Bifogas

Bilaga 1 – Avtal mellan Statens konstråd och konstnären av den 29 juli 2018.

Bilaga 2 – Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 21024-18.

Bilaga 3 – Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 4199-19.

Bilaga 4 – Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 3891-19.

Bilaga 5 – Beslutsunderlag för upphandling av platsspecifik byggnadsanknuten konst.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 nyårsafton, 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.

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 försörjningssektorerna, 20 kap.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.