

Inges till Förvaltningsrätten i Stockholm per e-post

Kammarrätten i Stockholm
Box 2302
103 17 Stockholm

KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM
Rotel 034

INKOM: 2020-12-18
MÅLNR: 8280-20
AKTBIL: 1

Överklagande

Klagande

Konkurrensverket, 103 85 Stockholm

Motpart

Statens konstråd, Hälsingegatan 45, 113 31 Stockholm

Överklagat avgörande

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 2 december 2020 i mål nr 4299-20

Saken

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

Yrkanden

1. Konkurrensverket yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Konkurrensverket yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att Statens konstråd ska betala 105 000 (etthundrafemtusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.



Bakgrund och omständigheter

1. Förvaltningsrätten i Stockholm har den 22 maj 2019 förklarat att ett avtal som Statens konstråd ingått avseende anskaffningen av en konstnärlig gestaltning ska vara ogiltigt (mål nr 21024-18). Enligt förvaltningsrätten utgör avtalet en otillåten direktupphandling eftersom Statens konstråd inte har visat att förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 6 kap. 14 § första stycket 1 LOU var uppfyllda. Förvaltningsrättens dom vann laga kraft den 5 september 2019 när Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) beslutade att inte meddela prövningstillstånd.¹
2. Konkurrensverket har den 21 februari 2020 med stöd av 21 kap. 1 § 3 LOU ansökt hos förvaltningsrätten om att Statens konstråd ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift om 105 000 kronor. Konkurrensverket anser i likhet med förvaltningsrätten i mål nr 21024-18 att avtalet tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde har Konkurrensverket ansett det vara en försvårande omständighet att Statens konstråd inte har efterlevt förvaltningsrättens ogiltighetsdom i mål nr 21024-18.
3. Förvaltningsrätten i Stockholm har genom den nu överklagade domen den 2 december 2020 i mål nr 4299-20 delvis bifallit Konkurrensverkets ansökan och beslutat att Statens konstråd ska betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kronor. I domen har förvaltningsrätten, i motsats till Konkurrensverket, bedömt att det inte ska anses försvårande att Statens konstråd inte har efterlevt den tidigare meddelade ogiltighetsdomen. Detta eftersom domstolen menar att det inte varit möjligt att låta prestationerna återgå.

Grund för prövningstillstånd i kammarrätten

4. Konkurrensverket anser att det finns skäl för ändring av förvaltningsrättens dom. Skälet är att förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning av den aktuella överträdelsens sanktionsvärde. Enligt Konkurrensverkets mening motsvarar den beslutade avgiften inte överträdelsens sanktionsvärde, och den är därmed varken proportionerlig eller avskräckande. Förvaltningsrättens bedömning är inte heller förenlig med rättsmedelsdirektivet² eller praxis, vilket utvecklas nedan.
5. Underlåtelse att rätta sig efter en domstols avgörande utgör domstolstrots. Agerandet är allvarligt då det bland annat riskerar att urholka respekten

¹ Se HFD:s beslut i mål nr 3891-19.

² Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.



för upphandlingsreglerna och vad domstol har bestämt. För att åtgärda en eventuell ovilja hos en upphandlande myndighet att följa domstolarnas avgöranden behöver domstolstrots resultera i en effektiv och avskräckande upphandlingsskadeavgift. Om förvaltningsrättens dom står sig kan detta tolkas som att en upphandlande myndighet kan välja att inte efterkomma domstolarnas beslut utan att det påverkar upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Utveckling av skälen för Konkurrensverkets talan

Omständigheterna kring överträdelsen

6. 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 bestäms, närmare bestämt om det föreligger sådana försvårande omständigheter som ska inverka i höjande riktning på avgiftens storlek eller inte. Konkurrensverket vidhåller att Statens konstråds agerande är försvårande.
7. Av utredningen i målet framgår att avtalet angående anskaffningen av konstverket ingicks den 29 juli 2018 och att ett första startmöte hölls mellan Statens konstråd, konstnären och en underleverantör i projektet den 12 september 2018. Fem dagar senare, den 17 september 2018, inkom en ansökan om överprövning av avtalet till förvaltningsrätten, vilket meddelades Statens konstråd dagen därpå. Arbetsprocessen fortsatte under hösten 2018 och våren 2019 trots den pågående överprövningen. Den 22 maj 2019 beslutade Förvaltningsrätten i Stockholm att avtalet skulle ogiltigförklaras eftersom det hade saknats grund att tilldela avtalet utan föregående annonsering på det sätt som skett. Trots domen transporterades den färdigställda ridån till Linköping och monterades på plats den 28 maj 2019. Den 12 juni 2019 överklagade Statens konstråd förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm, som den 25 juni 2019 beslutade att inte bevilja prövningstillstånd. Beslutet överklagades till HFD av Statens konstråd. Den 19 juni 2019, det vill säga nästan fyra veckor efter att avtalet förklarats ogiltigt av förvaltningsrätten, genomfördes en slutbesiktning av konstverket, varpå konstverket enligt Statens konstråd övergick i fastighetsägarens ägo. Förvaltningsrättens avgörande vann laga kraft den 5 september 2019 när HFD beslutade att inte meddela prövningstillstånd.
8. 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 – 1/3 i förskott, 1/3 under arbetets gång och 1/3 efter slutbesiktning – utgått trots såväl en pågående domstolsprövning och, senare, en dom där avtalet förklaras ogiltigt.

När ett avtal förklaras ogiltigt

9. I förarbetena till bestämmelsen om överprövning av avtals ogiltighet anges bland annat följande vad gäller konsekvenserna av att domstolen förklarar ett avtal ogiltigt:

”Om avtalet 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 har 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.”³

10. Av det ovan anförda följer att Statens konstråd, trots att prestationerna delvis uppfyllts vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom, hade 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. Den omständighet som förvaltningsrätten i den nu överklagade domen framhåller som avgörande för att det inte var möjligt att låta prestationerna återgå – att äganderätten till konstverket övergått till fastighetsägaren i samband med slutbesiktningen – är en direkt följd av detta agerande, som har skett med uppsåt efter att ogiltighetsdomen meddelades.
11. Förvaltningsrättens slutsats att prestationerna inte kan återgå är inte förenlig med de ovan citerade förarbetsuttalandena om att utgångspunkten, för det fall en återgång av prestationerna inte skulle vara praktiskt möjlig, är att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas.⁴

³ Se prop. 2009/10:180 s. 361.

⁴ Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 2 december 2020 i mål nr 4299-20, s. 11 första stycket.

Domen är inte förenlig med rättsmedelsdirektivets krav på alternativa sanktioner och rådande praxis

12. Förvaltningsrättens bedömning är inte heller förenlig med de krav som rättsmedelsdirektivet ställer på att medlemsstaterna ska garantera att domstolars avgöranden verkligen följs.⁵
13. Enligt artikel 2d.1 i ändringsdirektivet⁶ ska medlemsstaterna se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan ett föregående offentliggörande.
14. I skälen till ändringsdirektivet framhålls i detta avseende bland annat att ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direktupphandling i princip bör anses vara ogiltigt eftersom ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter (skäl 13 och 14). Vidare framhålls att det mål som måste uppnås när medlemsstaterna fastställer regler som säkerställer att ett avtal ska anses vara ogiltigt är att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter bör upphöra att tillvaratas och fullgöras. Om avtalsskyldigheterna redan har fullgjorts antingen fullt ut eller nästan fullt ut bör detta inte leda till att verkningfulla sanktioner inte tillämpas, utan i sådana fall bör medlemsstaterna även föreskriva *alternativa sanktioner* (skäl 21, Konkurrensverkets kursivering).
15. Rättsmedelsdirektivets krav på att medlemsstaterna ska se till att domstolars avgöranden verkligen följs framhålls också i förarbetena till 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 förklaras ogiltigt *eller* upphandlingsskadeavgift påföras (se prop. 2009/10:180 s. 220, Konkurrensverkets kursivering).
16. Av det ovan anförda följer att det ska finnas alternativa sanktioner för agerandet att fortsätta tillämpa ett ogiltigförklarat avtal. Den av förvaltningsrätten utdömda avgiften är dock enligt Konkurrensverkets mening inte tillräckligt effektiv och avskräckande för att rättsmedelsdirektivets krav i detta hänseende ska anses ha uppfyllts.
17. Den överensstämmer inte heller med tidigare domstolsavgöranden. I Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 4 september 2018 i mål nr

⁵ Se prop. 2009/10:180 s. 219–220.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

1438-18, fastslås att domstolstrots utgör en sådan särskilt graverande omständighet som vid bedömningen av sanktionsvärdet ska påverka avgiftens storlek i skärpande riktning. Kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd och förvaltningsrättens dom vann laga kraft när HFD den 10 maj 2019 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.⁷

Konkurrensverket kan inte se något skäl till att motsvarande bedömning inte ska göras i Statens konstråds fall.

Slutsats

18. Enligt Konkurrensverkets mening finns det av de skäl som angetts ovan anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till i mål nr 4299-20. Det går i vart fall inte utan att prövningstillstånd meddelas bedöma riktigheten av förvaltningsrättens avgörande.
19. Som grunder för ändringsyrkandet vidhåller Konkurrensverket även vad som har anförts i förvaltningsrätten.

Marie Östman



Natacha Otte Widgren

⁷ Se HFD:s beslut i mål nr 6015-18.