

HANNES SNELLMAN

Till Högsta förvaltningsdomstolen

Kammarrätten i Stockholm
Avdelning 03

2021-06-23

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-
DOMSTOLEN
Bered Enhet 1

INKOM: 2021-06-23
MÅLNR: 3722-21
AKTBIL: 1

Endast per e-post
kammarrattenistockholm@dom.se

ÖVERKLAGANDE

Klagande

Statens konstråd, 202100-1033
Hälsingegatan 45
113 31 Stockholm

Ombud

Advokaten Peter Forsberg
Hannes Snellman Advokatbyrå AB
Box 7801, 103 96 Stockholm
Tel: 0760-000 000
E-post: peter.forsberg@hannessnellman.com

Motpart

Konkurrensverket, 202100-4342
103 85 Stockholm

Överklagat avgörande

Kammarrätten i Stockholms dom av den 3 juni 2021
i mål nr 8280-20.

I egenskap av ombud för Statens konstråd får jag härmed inkomma med överklagande av kammarrättens ovan angivna dom.

1 YRKANDEN

1. Statens konstråd yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i målet.
2. Statens konstråd yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen – med ändring av kammarrättens dom – fastställer förvaltningsrättens dom och beslutar att Statens konstråd ska betala en upphandlingsskadeavgift om 80 000 kr.

2 GRUNDER

3. I enlighet med tidigare praxis och ett avtals civilrättsliga verkningar är en dom genom vilken ett avtal förklaras ogiltigt verkställbar först sedan den vunnit laga kraft.
4. Omständigheten att ett avtalsförhållande fortlöper under tiden fram till dess att en dom om ogiltighet vinner laga kraft kan därför inte utgöra en försvårande omständighet vid fastställande av en upphandlingsskadeavgifts storlek.

3 SKÄL FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND

5. Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta förvaltningsdomstolen.

4 UTVECKLING AV GRUNDERNA FÖR ÖVERKLAGANDET

4.1 Bakgrund

6. Statens konstråd direkttilldelade år 2018 konstnären Mette Winckelmann kontrakt avseende en konstnärlig gestaltning till Linköpings universitet. Giltigheten av avtalet överprövades och den 22 maj 2019 biföll Förvaltningsrätten i Stockholm ansökan om att ogiltigförklara avtalet. Förvaltningsrättens dom vann laga kraft den 5 september 2019 i och med HFD:s beslut att inte meddela prövningstillstånd.¹
7. Under tiden för överprövningen fortlöpte avtalsförhållandet mellan Statens konstråd och Mette Winckelmann i enlighet med parternas rättigheter och skyldigheter i avtalet. Detta innebar att den konstnärliga gestaltningen färdigställdes under våren 2019 och att betalningar utgick för verket i enlighet med fastställd betalningsplan. Slutbesiktning och kvittens av den konstnärliga gestaltningen genomfördes enligt

¹ Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 5 september 2019 i mål nr 3891-19.

plan och hade undertecknats av samtliga parter den 19 juni 2019 varvid konstverket överlämnades i fastighetsägarens ägo, i detta fall Akademiska Hus AB.

8. I samband med att äganderätten till den konstnärliga gestaltningen övergick till Akademiska Hus AB har Statens konstråd inte längre haft någon förfoganderätt över verket. Återställande av förmögenhetsläget genom att låta prestationerna återgå har därför inte varit möjligt. Statens konstråd har vidare inte tagit emot någon ersättning från Akademiska Hus AB i samband med överlåtelsen och har därmed inte berikats genom avtalet. Det har därför inte funnits något att basera en eventuell ersättning på i syfte att återställa förmögenhetsläget.
9. Sammanfattningsvis har det inte funnits någon möjlighet för Statens konstråd att återställa förmögenhetsläget sedan domen om ogiltighet vunnit laga kraft.

4.2 Målet om upphandlingsskadeavgift

4.2.1 Inledning

10. Med anledning av att avtalet med Mette Winckelmann ansågs vara en otillåten direktupphandling ansökte Konkurrensverket om upphandlingsskadeavgift.
11. Enligt Konkurrensverket har Statens konstråd haft en skyldighet att låta prestationerna återgå omedelbart vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom. Att förmögenhetsläget inte återställts utgör enligt Konkurrensverket en försvårande omständighet vid bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

4.2.2 Kamrarrättens bedömning

12. Kamrarrätten konstaterar att återgång av prestationer inte varit möjligt vid tidpunkten då förvaltningsrättens dom om ogiltighet vann laga kraft. Att vänta in ett lagakraftvunnet avgörande i detta fall har enligt kamrarrätten medfört att överprövningsprocessen enligt LOU blivit meningslös. Förvaltningsrättens dom måste därför anses ha en sådan karaktär att den gäller omedelbart för att den ska kunna fylla sin funktion. Enligt kamrarrätten innebar domen ”ett omedelbart förbud för Statens konstråd att fortsätta upphandlingen av konstverket”.²
13. Med hänsyn till att Statens konstråd inte omedelbart efterkommit domen anser kamrarrätten att det finns skäl att bedöma konstrådet ”beslut att låta upphandlingen fortgå” som en särskilt försvårande omständighet vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

² Som det får förstås menar kamrarrätten att domen innebar ett omedelbart förbud för Statens konstråd att låta *avtalsförhållandet* fortgå. Upphandlingen avslutades redan under 2018 när avtal ingicks med Mette Winckelmann.

4.2.3 Kammarrättens bedömning är oförenlig med vägledande praxis och ett avtals civilrättsliga verkan mellan parterna

14. Kammarrätten har sålunda bedömt det utgöra en försvårande omständighet vid bedömning av upphandlingsskadeavgiften storlek att låta avtalsförhållandet fortgå under tiden för överprövningen.
15. Kammarrättens bedömning baseras på slutsatsen att en dom genom vilken ett avtal förklaras ogiltigt är direkt verkställbar. Som det får förstås menar kammarrätten att en upphandlande myndighet har en skyldighet att vidta åtgärder så snart en dom om ogiltighet meddelas genom att avveckla det aktuella avtalsförhållandet eller på annat sätt avbryta avtalets fullgörande i avvaktan på ett slutligt avgörande av överprövningsprocessen.
16. Kammarrättens uppfattning är oförenlig med vägledande praxis och de avtalsenliga rättigheter och skyldigheter som ett civilrättsligt bindande förhållande skapar mellan två avtalsparter.
17. HFD har i avgörandet HFD 2012 ref. 27 konstaterat att det saknas förutsättningar att besluta att en dom om ogiltigförklaring av ett avtal tills vidare inte ska gälla, eftersom en sådan dom är verkställbar först sedan den vunnit laga kraft.
18. Bakgrunden i 2012 års fall var att giltigheten av ett avtal hade överprövats varvid förvaltningsrätten förklarade avtalet ogiltigt. Förvaltningsrättens dom överklagades och kammarrätten förordnade att den överklagade domen tills vidare inte skulle gälla. Kammarrätten ansåg att förvaltningsrättens dom om ogiltigförklaring av avtalet innefattade ett omedelbart förbud att fortsätta tillämpa avtalet. Härvid hänvisades till RÅ 2005 ref. 17, där HFD funnit att en dom med innebörd att en upphandling ska göras om får anses gälla omedelbart på så sätt att domen innefattar ett förbud att fortsätta upphandlingen genom att ingå avtal.
19. Kammarrättens inhibitionsbeslut överklagades. HFD konstaterade att en förutsättning för ett beslut att en dom om ogiltighet inte ska gälla omedelbart är att domen om ogiltighet gäller omedelbart. HFD framhöll härvid att situationen är en annan än den som förelåg i RÅ 2005 ref. 17. Upphandlingsförfarandet har slutförts och det är i stället fråga om ett civilrättsligt bindande avtalsförhållande mellan två parter. Det saknas i en sådan situation skäl att avvika från huvudregeln att en förvaltningsdomstols beslut är verkställbart först sedan det vunnit laga kraft. Det fanns därmed inte förutsättningar för kammarrätten att besluta att förvaltningsrättens dom tills vidare inte skulle gälla.
20. En dom om ogiltigförklaring av avtal är följaktligen verkställbar först sedan den vunnit laga kraft, i enlighet med huvudregeln för förvaltningsdomstols avgörande. Konsekvensen av detta är att ett avtal kan fullgöras under tiden för en överprövning, fram till dess att en dom om ogiltighet vinner laga kraft.

21. Statens konstråds agerande att låta det aktuella avtalsförhållandet fortgå under tiden fram till dess att domen om ogiltigförklaring vunnit laga kraft är således förenligt med gällande rätt och ovan refererade avgörande från HFD. Kammarrätten har följaktligen på felaktiga grunder bedömt att Statens konstråds agerande utgör en försvårande omständighet vid bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek.
22. Civilrättsliga skäl talar för att en dom om ogiltigförklaring av ett avtal bör vara verkställbar först när den vunnit laga kraft. Det är först vid denna tidpunkt som den civilrättsliga ogiltigheten inträder, vilket innebär att parternas skyldigheter att fullgöra avtalet bortfaller.³ Före dess torde en upphandlande myndighet ensidigt ha ytterst svårt att, även tillfälligt, avbryta avtalets fullgörande i strid med de rättigheter som tillkommer den andra avtalsparten i enlighet med avtalet. Ett sådant avbrytande utgör således i regel ett avtalsbrott. En omedelbar avveckling av avtalsförhållandet innebär vidare att en dom från en underinstans inte kan överklagas då det avtal vars giltighet överprövningen avser upphört att gälla.

5 UTVECKLING AV SKÄLEN FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND

5.1 Prejudikatdispens

23. Den centrala frågan i målet är om det kan anses vara en försvårande omständighet vid bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek att ett avtalsförhållande fortlöpt under tiden för en överprövning fram till dess att en dom om ogiltighet vunnit laga kraft.
24. Statens konstråd anser att starka skäl talar för att frågan ska besvaras nekande men konstaterar att det saknas vägledande avgöranden från HFD angående vad som krävs för att en omständighet ska kunna anses vara försvårande. Vidare konstateras att frågan är av stor principiell betydelse och att vägledning från HFD är en förutsättning för att en upphandlande myndighet ska veta hur den ska förhålla sig som avtalspart så snart ett avtals giltighet överprövas.
25. Vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek har domstolen visserligen stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Ju allvarligare överträdelse, desto högre sanktionsavgift. Upprepat beteende att företa otillåtna direktupphandlingar har framförts som ett exempel på en försvårande omständighet.⁴
26. För att en omständighet ska kunna läggas myndigheten till last vid bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek är det Statens konstråds uppfattning att omständigheten i sig måste vara klandervärd. En förutsättning för att Statens

³ Prop. 2009/10:180 s. 361.

⁴ Prop. 2009/10:180 s. 361 samt HFD 2014 ref. 69.

konstråds agerande, att låta avtalsförhållandet löpa under tiden för överprövningen fram till dess att domen om ogiltighet vann laga kraft, ska kunna anses vara en försvårande omständighet bör därmed rimligen vara att ett sådant agerandet faktiskt är felaktigt och därmed klandervärt.

27. Huvudregeln är att förvaltningsdomstols avgörande är verkställbart först sedan det vunnit laga kraft. Undantag från huvudregeln kan motiveras om beslutet är av sådan karaktär att det måste anses gälla direkt för att fylla sin funktion. HFD har i RÅ 2005 ref. 17 konstaterat att en dom om att en upphandling ska göras om gäller omedelbart i den del domen kan sägas innefatta ett förbud mot att ingå avtal. Detta eftersom avtalstecknande utgör ett hinder mot prövning av upphandlingen.
28. Vid överprövning av avtals giltighet är situationen en annan. I dessa fall gäller huvudregeln. Kammarrätten tycks ha missbedömt innebörden av 2012 års avgörande, alternativt söker kammarrätten utsträcka innebörden av 2005 års fall. Alldeles oavsett bidrar kammarrättens slutsatser i detta fall till en osäkerhet gällande vilka skyldigheter en upphandlande myndighet har vid överprövning av avtals giltighet.
29. Kammarrätten har fäst avgörande vikt vid att det i detta fall inte har varit möjligt att återställa förmögenhetsläget genom att låta prestationerna återgå och att detta förhållande måste sanktioneras. Det framgår emellertid klart och tydligt i förarbetena att huvudregeln är att prestationerna ska gå åter. Om detta inte är möjligt är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan avtalet slöts ska återställas. Har varor redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.⁵ Lagstiftaren har härigenom tydligt beaktat att det inte alltid är möjligt att låta prestationer gå åter.
30. Det ska vidare understrykas att en överprövning avseende ett avtals giltighet inte alls blir meningslös även om förmögenhetsläget inte kan återställas. En dom om ogiltighet innebär ett konstaterande att en direktupphandling varit otillåten. Utöver att detta kan medföra att avtalet konkurrensutsätts på nytt (om behovet fortfarande finns kvar) innebär domen även att leverantörer kan ha rätt till skadestånd och att en upphandlingsskadeavgift kan påföras.
31. För en leverantör som vill säkerställa att uppdraget i fråga konkurrensutsätts på nytt, dvs. att behovet finns kvar i ett senare skede, finns det dessutom möjlighet att under processens gång framställa ett yrkande om att domstolen interimistiskt ska besluta att avtalet tills vidare inte får fullgöras.⁶
32. Ett exempel på detta ges i HFD 2020 ref. 45 där HFD initialt fattat ett interimistiskt beslut att avtalen (vars giltighet är föremål för prövning) inte fick fullgöras innan

⁵ Prop. 2009/10:180, s. 361.

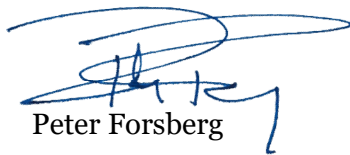
⁶ I enlighet med 20 kap. 16 § LOU.

annat bestämts. Det interimistiska beslutet upphävdes sedermera och HFD uttalade i samband med detta bl.a. att "Utgångspunkten när det gäller ett förordnande om omedelbar verkställighet bör vara att ett sådant förordnande meddelas endast om det föreligger en hög grad av sannolikhet för att avgörandet kommer att stå fast".

33. Det framgår klart och tydligt i detta beslut att ett interimistiskt beslut är en förutsättning för att en dom om ogiltighet ska få omedelbar verkställighet. Något sådant beslut fattades aldrig under överprövningsprocessen i detta fall.
34. Står sig kammarrättens dom riskerar den få oförutsebara och orimliga konsekvenser, både för upphandlande myndigheter och leverantörer. Så som Statens konstråd tolkar domen fanns det enligt kammarrätten i just detta fall ett förbud mot att fortsätta tillämpa avtalet omedelbart i samband med att förvaltningsrätten meddelade sin dom. Det är emellertid oklart om ett sådant förbud alltid gäller vid överprövning av avtals giltighet och i sådana fall om förbudet alltid aktualiseras i samband med att första instans meddelat dom om ogiltighet. Baserat på kammarrättens dom kan det inte uteslutas att ett förbud även skulle kunna aktualiseras tidigare än så om fortsatt tillämpning av avtalet medför att det kommer vara omöjligt att låta prestationer återgå i ett senare skede. När det rör sig om avtal avseende varor eller tjänster som förbrukas över tid skulle förbudet i sådana fall kunna gälla omedelbart (från det att ansökan om överprövning lämnas in).
35. Det är fortsättningsvis oklart vilken typ av åtgärder en upphandlande myndighet har att vidta. Kammarrätten uttalar att "När förvaltningsrätten förklarade avtalet ogiltigt vidtog inte Statens konstråd några åtgärder för att efterkomma domen. Konstrådet avvecklade inte avtalsförhållandet med Mette Winckelmann t.ex. genom att låta utförda prestationer gå åter eller lämna ersättning för de prestationer som redan utförts".
36. Statens konstråds uppfattning är att kammarrättens konstaterade i denna del är orimligt. Att ensidigt avbryta, även om tillfälligt, ett avtalsförhållande innan det finns en lagakraftvunnen dom utgör i regel ett avtalsbrott. En omedelbar avveckling av avtalet medför vidare att en dom från underinstans inte kan överklagas eftersom det då inte längre finns något avtal vars giltighet kan prövas.
37. Sammanfattningsvis står kammarrättens uppfattning att en dom om ogiltighet är direkt verkställbar i strid med vägledande praxis i frågan. Det saknas därför stöd för bedömningen att Statens konstråds agerande utgör en försvårande omständighet vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Med anledning av att det saknas vägledande avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen i frågan om den aktuella omständigheten kan utgöra en försvårande sådan får emellertid rättsläget betraktas som oklart.

38. Vid angivna förhållanden är det av vikt för rättstillämpningen att frågan prövas av Högsta förvaltningsdomstolen. Det föreligger därmed skäl att meddela prövningstillstånd.

Stockholm som ovan



Peter Forsberg