

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
5117-5121-13

meddelad i Stockholm den 30 juni 2014

KLAGANDE

1. Kils kommun
2. Munkfors kommun
3. Hagfors kommun
4. Grums kommun
5. Forshaga kommun

Ombud för samtliga: AA
Kils kommun
Box 88
665 23 Kil

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 juni 2013 i mål nr 8363-8367-12,
se bilaga (här borttagen)

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och avslår
Konkurrensverkets ansökningar.

Dok.Id 149853

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Kils kommun, Munkfors kommun, Hagfors kommun, Grums kommun och Forshaga kommun (kommunerna) publicerade den 5 februari 2010 ett förfrågningsunderlag avseende en gemensam upphandling av livsmedel. Upphandlingen blev föremål för överprövning. I avvaktan på slutligt besked i överprövningsmålet tecknade kommunerna den 27 januari 2011 avtal avseende direktupphandling av livsmedel. En leverantör ansökte om överprövning och yrkade att avtalen skulle förklaras ogiltiga. Förvaltningsrätten i Karlstad avslog i dom den 29 augusti 2011 ansökan (mål nr 1724-11). Avtalen fick, trots ogiltighetsgrund, bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Karlstad om att kommunerna skulle betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten biföll ansökningarna och beslutade att respektive kommun skulle betala upphandlingsskadeavgift med mellan 20 000 kronor och 60 000 kronor.

I det nu överklagade avgörandet avslog Kammarrätten i Göteborg kommunernas överklaganden.

YRKANDEN M.M.

Kommunerna yrkar att ansökningarna om upphandlingsskadeavgift avslås och i andra hand att avgiften bestäms till 10 000 kronor för envar av kommunerna.

Kommunerna anför bl.a. följande.

Kommunerna har i god tid före avtalets utgång påbörjat en ny annonserad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Rättsläget i fråga om vilken höjd en upphandlande myndighet vid planeringen av

Mål nr
5117–5121-13

sin upphandling ska ta för överprövningar är oklart. Kommunerna har med hänvisning till 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU köpt varor och tjänster från vinnarna i den överprövade upphandlingen eftersom ett nytt konkurrensupphandlat avtal inte kunde ingås på grund av den pågående överprövningsprocessen. Det var nödvändigt att sluta dessa tillfälliga avtal eftersom upphandlingen avsåg leveranser av livsmedel. De tillfälliga avtalen var tidsbegränsade från den 1 mars 2011 till den dag då kommunerna enligt LOU får avsluta upphandlingen. Kommunerna har genom en förlikning utgivit skadestånd enligt LOU till en leverantör för den tillfälliga direktupphandling som gjordes och som förvaltningsrätten fann vara i strid med lagen. Kommunernas tillfälliga avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Omständigheterna är starkt förmildrande och leder till att ett ringa fall föreligger. I vart fall finns skäl att bestämma avgiften till lägsta möjliga belopp.

Konkurrensverkets ansökningar ska avslås också av det skälet att den förvaltningsrättsdom som ligger till grund för ansökningarna inte utgör ett lagakraftvunnet avgörande där det fastställts att ett avtal fått bestå av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Att avtalet fått bestå anges nämligen endast i domskälen – som inte kan vinna laga kraft – medan domslutet endast innehåller ett avslag på leverantörens talan.

Konkurrensverket bestrider bifall och anför bl.a. följande.

Grunden för ansökningarna utgörs av att förvaltningsrätten i ett lagakraftvunnet avgörande har konstaterat att avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet var uppfyllda. Frågan huruvida kommunerna de facto har överträtt upphandlingslagstiftningen genom att ingå de avtal som var föremål för prövning i den underliggande domen ska inte prövas i de aktuella målen. Ett konstaterande i den underliggande domen att ett avtal ska få bestå på grund av tvingande hänsyn

till ett allmänintresse innebär att rekvisiten för utdömning av upphandlings-skadeavgift är uppfyllda. Omständigheterna i samband med den överträdelse av annonseringsskyldigheten som konstaterats i den underliggande domen har endast betydelse för avgörandet av sanktionsvärdet och avgiftens storlek. Unionsrätten kräver att allmän förvaltningsdomstol påför upphandlings-skadeavgift under sådana omständigheter och den underliggande domen får positiv rättskraft i de efterföljande målen om upphandlings-skadeavgift.

Det saknas stöd i lagtext och förarbeten för kommunernas påstående att fastställandet av de relevanta omständigheterna måste göras uttryckligen i domslutet för att upphandlings-skadeavgift ska kunna beslutas.

Att avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är inte en förmildrande omständighet vid fastställande av upphandlings-skadeavgiftens storlek. I och med att avtalen består har kommunerna redan fått tillgodoräkna sig en lättnad. Det finns ingen motsättning i det förhållandet att en otillåten direktupphandling kan betinga ett mycket högt sanktionsvärde samtidigt som det behov som ska tillgodoses genom det direkttilldelade kontraktet kan vara av synnerligen stor vikt för att den upphandlande myndigheten ska kunna upprätthålla grundläggande samhällsfunktioner. Allmänpreventiva skäl talar starkt för att det behov som ska tillgodoses genom upphandlingen inte ska kunna påverka överträdelsens sanktionsvärde i mål om upphandlings-skadeavgift. Hänsyn ska endast tas till de omständigheter som förelåg vid tidpunkten för den otillåtna direktupphandlingen vid fastställande av överträdelsens sanktionsvärde. Den skada som en överträdelse innebär bör beaktas vid bestämmandet av dess allvar. Att avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn har inte i någon del inverkat på den marknadsskada som de otillåtna direktupphandlingarna har medfört.

Att kommunerna har ingått en förlikning med en leverantör är inte en förmildrande omständighet vid fastställande av upphandlings-skadeavgiftens storlek.

Omständigheter som bör inverka i sänkande riktning vid fastställande av sanktionsvärdet är framförhållning i upphandlingar och tidsbegränsade avtal. Det föreligger förmildrande omständigheter som har beaktats av Konkurrensverket vid bedömningen av sanktionsvärdet. Konkurrensverkets yrkanden avser upphandlingsskadeavgift som endast motsvarar ca en procent av de ingångna avtalens värde, dvs. belopp som väsentligt understiger vad som yrkas vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden. Överträdelsen kan inte betraktas som ringa.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I målen är LOU i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 31 oktober 2011 tillämplig.

Av 17 kap. 1 § 2 framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

I 17 kap. 2 § första stycket anges att tillsynsmyndigheten i ett sådant fall ska ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.

Enligt 17 kap. 4 § första stycket ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. I andra stycket anges hur beräkningen av kontraktsvärdet ska ske.

Enligt 17 kap. 5 § ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek

särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Regleringen om upphandlingsskadeavgift infördes som en sådan alternativ påföljd till att ett avtal ogiltigförklaras som avsågs i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet), se prop. 2009/10:180 del 1 s. 184.

Av artikel 2d.3 första stycket i ändringsdirektivet framgår att om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att ett avtals giltighet bör upprätthållas ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2. Enligt denna artikels första stycke ska alternativa sanktioner vara effektiva, proportionella och avskräckande samt utgöras av att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas. Av andra stycket framgår att medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme vid bedömningen av alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande. Enligt tredje stycket är beviljande av skadestånd inte någon lämplig sanktion enligt denna punkt.

Vad målen gäller

Målen gäller förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift när allmän förvaltningsdomstol i en lagakraftvunnen dom bedömt att det varit fråga om otillåten direktupphandling, men att efterföljande avtal har fått bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

En förutsättning för att en förvaltningsrätt ska kunna besluta att ett avtal ska bestå är att rätten funnit att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att så har

Mål nr
5117–5121-13

skett i det aktuella fallet framgår av förvaltningsrättens dom. Något krav på att detta också ska anges i själva domslutet kan inte härledas ur 17 kap. LOU.

Av 17 kap. 1 och 5 §§ följer att någon överprövning inte ska göras av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket lägger till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift och att domstolen vid bestämmande av avgiftens storlek ska ta särskild hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår att såväl försvårande som förmildrande omständigheter ska beaktas. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 del 1 s. 369 f.).

I förarbetena uttalas vidare att det när ett avtal får bestå med hänvisning till ett tvingande allmänintresse kan antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Förmildrande omständigheter kan föranleda att avgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut (a. prop. s. 198 och 370).

Av utredningen i målen framgår att kommunerna inlett och avsett att slutföra en annonserad upphandling i enlighet med vad som gäller enligt lagen om offentlig upphandling. På grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad de själva kunnat förutse och påverka har emellertid det inledda upphandlingsförfarandet inte kunnat avslutas som planerat. Vid sådant förhållande och på grund av att det var fråga om anskaffning av livsmedel som inte kunnat anstå har upphandlingarna i stället avslutats genom vad som sedermera bedömts vara otillåtna direktupphandlingar. De ingångna avtalen har dock tidsbegränsats och är avsedda att gälla

Mål nr
5117–5121-13

endast till dess inköp kan göras enligt en ny annonserad upphandling.
Kommunerna har alltså lagt grunden för en förnyad upphandling.

Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte är tillräckligt starkt för att motivera en avgift i en situation som den förevarande.

Sanktionsvärdet får alltså bedömas som så lågt att fråga är om ringa fall.

Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas, underinstansernas avgöranden upphävas och Konkurrensverkets ansökningar avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Karin Almgren, Eskil Nord, Christer Silfverberg och Thomas Bull.

Målen har föredragits av justitiesekreteraren Anneli Berglund Creutz.