

---

# Tio år med upphandlingskadeavgift

Daniel Wendelsson

2020 nr 3/4

**UrT**

---

---

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

# Tio år med upphandlingsskadeavgift

*Daniel Wendelsson\**

## 1 Inledning

I år är det tio år sedan möjligheten att påföra upphandlande myndigheter och enheter en upphandlingsskadeavgift infördes i svensk rätt. I denna artikel redogörs för bestämmelserna och hur de har tillämpats av domstolarna. Redogörelsen gör inte anspråk på att vara fullständig. Under åren 2009-2016 arbetade jag på Konkurrensverket med tillsyn över offentlig upphandling och processföring i mål om upphandlingsskadeavgift. Jag har deltagit i flera av ärendena som behandlas nedan. De uppfattningar som uttrycks i artikeln är mina egna och alldeles säkert färgade av de erfarenheter jag fått med mig.

## 2 Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift

Den 15 juli 2010 infördes ett nytt 17 kapitel med bestämmelser om upphandlingsskadeavgift i dåvarande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift infördes samtidigt som införandet av nuvarande regler för överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet. Numera återfinns bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 21 kapitlet i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), i lagen (2015:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och i lagen (1145:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Lagen (2011:2029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS) trädde i kraft den 1 november 2011 och bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift återfinns i 17 kapitlet i den lagen.<sup>1</sup>

En upphandlingsskadeavgift beslutas av allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige (21 kap. 2 § LOU samt 1 § och 3 § 2 förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket). Det är upphandlande myndigheter som har att följa reglerna i LOU och således endast de som kan dömas att betala upphandlingsskadeavgift (21 kap. 1 § LOU).

---

\* Advokat och counsel vid Advokatfirman Vinge.

<sup>1</sup> I det följande hänvisas för enkelhetens skull endast till bestämmelserna i LOU och till upphandlande myndigheter. Motsvarande bestämmelser återfinns i de övriga upphandlingslagarna och reglerna gäller för både upphandlande myndigheter och enheter.

En upphandlingsskadeavgift kan dömas ut när en upphandlande myndighet har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling, dvs. när ett upphandlingspliktigt avtal har slutits utan föregående annonsering trots att det inte var tillåtet (21 kap. 1 § 3 p. LOU). En upphandlingsskadeavgift kan vidare dömas ut om en upphandlande myndighet har slutit avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i ett överprövningsmål, men avtalet trots det inte har förklarats ogiltigt (21 kap. 1 § 1 p. LOU). Slutligen kan en upphandlingsskadeavgift dömas ut med stöd av 21 kap. 1 § 2 p. LOU om ett avtal i ett ogiltighetsmål har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 § LOU. I det sistnämnda fallet kan den underliggande överträdelsen av LOU i teorin vara vilken som helst (i kombination med att avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse), men i praktiken är det vanligast att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.<sup>2</sup>

Upphandlingsskadeavgiften är en sanktionsavgift som tillfaller staten (21 kap. 8 § LOU) och utgör alltså inget rättsmedel för leverantörer som anser att en upphandlande myndighet har brutit mot lagen. Giltigheten av det avtal som har slutits i strid med LOU påverkas heller inte av att den upphandlande myndigheten döms att betala en upphandlingsskadeavgift.

När ett avtal har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, men ändå inte förklarats ogiltigt och när ett avtal fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse har Konkurrensverket en *skyldighet* enligt LOU att ansöka om upphandlingsskadeavgift, en s.k. obligatorisk upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § 1 st. LOU). När Konkurrensverket gör gällande att en upphandlande myndighet har genomfört en otillåten direktupphandling, är det *frivilligt* för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift, en s.k. fakultativ upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § 2 st. LOU).

Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska komma in till förvaltningsrätten senast inom ett år efter att det aktuella avtalet slöts (21 kap. 7 § 2 st. LOU). Om samma avtal har blivit föremål för en talan om ogiltighet ska ansökan om upphandlingsskadeavgift lämnas in till förvaltningsrätten inom sex månader från att avgörandet i målet om överprövning av avtalets giltighet vunnit laga kraft (21 kap. 6 § respektive 7 § 1 st. LOU). För att undvika att ett och samma avtal samtidigt är föremål för en överprövningsprocess och en process om upphandlingsskadeavgift, måste Konkurrensverket invänta att fristen att ansöka om överprövning har löpt ut, alternativt att avgörandet i målet om ogiltighet vunnit laga kraft. Först därefter kan verket ansöka om upphandlingsskadeavgift (21 kap. 7 § LOU).

---

<sup>2</sup> Vid en genomgång av Konkurrensverkets obligatoriska ansökningar om upphandlingsskadeavgift med stöd av 21 kap. 1 § 2 p. LOU kan det konstateras att i samtliga eller nästan samtliga ärenden har domstolen i den underliggande domen i ogiltighetsmålet funnit att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till maximalt tio miljoner kronor och får inte överstiga tio procent av det aktuella avtalets värde (21 kap. 4 § LOU). Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas och avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).

Både reglerna om obligatorisk och fakultativ upphandlingsskadeavgift gäller såväl för direktivstyrda som icke direktivstyrda upphandlingar. Det framgår bl.a. av att det i 21 kap. 1 § 3 p. LOU hänvisas både till lagens direktivstyrda och icke direktivstyrda annonseringsbestämmelser.

### 3 Bakgrunden till reglerna

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift har två olika bakgrunder. Den obligatoriska upphandlingsskadeavgiften infördes som en följd av Sveriges förpliktelser enligt unionsrätten, närmare bestämt de ändringar i det första och andra rättsmedelsdirektivet (direktiv 89/664/EEG respektive 92/13/EEG) som gjordes i och med det så kallade ändringsdirektivet (direktiv 2007/66/EG). I och med ändringsdirektivet skulle medlemsstaterna införa bestämmelser om avtalsspärr och överprövning av ett avtals giltighet. Ändringsdirektivet föreskrev en skyldighet att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal som varit föremål för överprövning får bestå trots att grund för ogiltighet förelegat. En sådan alternativ sanktion ska enligt ändringsdirektivet finnas om rätten beslutat att ett avtal ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse samt vid överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr när avtalet inte ogiltigförklarats. De alternativa sanktionerna ska enligt ändringsdirektivet vara en sanktionsavgift eller en förkortning av avtalstidens längd. Den svenska lagstiftaren bedömde att den lämpligaste sanktionen var en särskild avgift bl.a. därför att en förkortning av avtalstiden skulle riskera bli svårtillämpad och leda till negativa konsekvenser för leverantören som ingått avtalet.<sup>3</sup>

Den fakultativa upphandlingsskadeavgiften enligt 20 kap. 1 § 3 LOU är inte en sanktion som krävs enligt unionsrätten. Istället motiverades införandet av denna upphandlingsskadeavgift av bristande efterlevnad av upphandlingsreglerna i Sverige, något som uppmärksammats av flera instanser under 1990-talet och 2000-talet.<sup>4</sup> Vid införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift anförde regeringen att det sannolikt fanns ett stort mörkertal med avvikelser som inte uppmärksammats och som inte kom till tillsynsmyndighetens kännedom.<sup>5</sup> Regeringen ansåg att det fanns ett problem med otillåtna direktupphandlingar

<sup>3</sup> Prop. 2009/10:180, s. 182.

<sup>4</sup> Se bl.a. prop. 2009/10:180, s. 187 f.

<sup>5</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 181 f.

och att möjligheten att föra talan om ogiltighet inte var tillräckligt utan behövde kompletteras med en möjlighet att påföra en sanktion i form av en upphandlingsskadeavgift.<sup>6</sup>

#### 4 Övergångsbestämmelsen

En tvistefråga mellan Konkurrensverket och upphandlande myndigheter i flera av de första målen om upphandlingsskadeavgift rörde om reglerna om upphandlingsskadeavgift alls var tillämpliga i tiden på de påstådda överträdelserna av LOU. Frågan hamnade till slut i Högsta förvaltningsdomstolen som avgjorde saken i målet HFD 2013 ref. 31.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt andra punkten i ikraftträdande- och övergångsbestämmelsen till de aktuella ändringarna i LOU (lag 2010:571) gällde äldre bestämmelser för upphandlingar som hade påbörjats före ikraftträdandet. Med andra ord kunde någon upphandlingsskadeavgift inte dömas ut om den påstått otillåtna direktupphandlingen hade påbörjats före den 15 juli 2010. Men när påbörjas egentligen en otillåten direktupphandling? Kännetecknande för en otillåten direktupphandling är ju att någon annonsering inte sker, så det finns ingen annons vars publiceringsdag kan utgöra påbörjandetidpunkt.

Under remissbehandlingen av förslagen till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och övriga förändringar i överprövningsreglerna m.m. i Ds 2009:30 *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet* hade Konkurrensverket inte uppmärksammat regeringen på att övergångsregelns koppling till en upphandlings ”påbörjande” kunde leda till såväl tillämpningssvårigheter och ett fördröjt genomslag av de nya reglerna om upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av avtal vid otillåten direktupphandling.<sup>7</sup>

Under hösten 2009 påtalade Konkurrensverket under hand för Regeringskansliet de befarade tillämpningssvårigheterna och risken för att reglerna om upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av avtal skulle få ett försämrat tidsmässigt genomslag om övergångsbestämmelsen inte justerades. Det svenska genomförandet av ändringsdirektivet var dessutom redan försenat i förhållande till fristen som löpte ut den 20 december 2009. Konkurrensverket föreslog att det i övergångsbestämmelsen skulle anges att bestämmelserna om ogiltighet av avtal och upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling skulle tillämpas på avtal som slutits efter lagens ikraftträdande. I propositionen gjordes dock inget

<sup>6</sup> Prop. 2009/10:180, s. 188.

<sup>7</sup> Se Konkurrensverkets remissvar, dnr 410/2009.

tillägg eller förtydligande i övergångsbestämmelsen. Istället gjorde regeringen ett tillägg i förarbetsuttalandena:

”Av *andra punkten* framgår avgränsningen mellan tillämpningen av nuvarande och de nya föreslagna bestämmelserna. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 del I, s. 447). Åtgärder i strid mot de föreslagna bestämmelserna som vidtagits som ett led i en påbörjad upphandling ska inte kunna leda till att avtalet ogiltigförklaras eller föranleda något ingripande i form av särskild avgift (upphandlingsskadeavgift). När det gäller otillåten direktupphandling, dvs. när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får en sådan anses påbörjad först när avtalet har slutits om inte myndigheten eller enheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt”.<sup>8</sup>

Förarbetsuttalandena öppnade för att det kunde vara avtalstidpunkten som avgjorde om reglerna om upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av avtal var tillämpliga. Men uttalandena var motsägelsefulla, svårtillämpade och inte särskilt väl genomtänkta. Ställt inför detta faktum valde Konkurrensverket, helt medvetet om risken att förlora i domstol, att låta avtalstidpunkten avgöra när en otillåten direktupphandling skulle anses påbörjad.<sup>9</sup> Konkurrensverket ansåg sig ha stöd för sin tolkning av övergångsbestämmelsen i bl.a. den unionsrättsliga principen om direktivkonform tolkning och EU-domstolens avgörande i målet *BMW*, av vilken följde att principen också gäller nationella övergångsbestämmelser som genomför ett EU-direktiv.<sup>10</sup> Enligt Konkurrensverket innebar EU-domstolens avgörande i *BMW*-målet att nationella övergångsbestämmelser skulle tolkas så att EU-direktiv som genomförs får bästa tänkbara tidsmässiga genomslag i den nationella rättstillämpningen. Eftersom övergångsbestämmelsen också gällde för bestämmelserna om ogiltighet av avtal, vilket Sverige var skyldigt att införa enligt

<sup>8</sup> Prop. 2009/10:180 s. 374, jfr även s. 310. I lagrådsremissen av den 17 december 2009 hade samma tillägg gjorts som i den efterföljande propositionen. Lagrådet kommenterade inte övergångsbestämmelsen och dess förarbetsuttalanden i sitt yttrande av den 16 mars 2010.

<sup>9</sup> Med en sådan tolkning kunde Konkurrensverket ansöka om upphandlingsskadeavgift för påstått otillåtna direktupphandlingar så snart avtalet i fråga hade slutits efter den 15 juli 2010 och leverantörernas sexmånadersfrist om att ansöka om ogiltighet av avtalet hade löpt ut. Om Konkurrensverket istället hade valt en mer försiktig tolkning, med innebörd att otillåtna direktupphandlingar kunde ha påbörjats långt innan avtalet med leverantören ingicks, hade verket behövt avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid påstått otillåtna direktupphandlingar under potentiellt lång tid.

<sup>10</sup> EU-domstolens dom av den 23 februari 1999, *BMW*, C-63/97, EU:C:1999:82, punkterna 22, 23.

ändringsdirektivet, menade Konkurrensverket att unionsrätten krävde en tolkning med innebörd att en otillåten direktupphandling i övergångsbestämmelsens mening skulle anses påbörjad när avtalet ingicks.<sup>11</sup>

Frågan nådde Högsta förvaltningsdomstolen i ett mål om fakultativ upphandlingskadeavgift mellan Konkurrensverket och Migrationsverket, HFD 2013 ref. 31. I målet var ostridigt att Migrationsverket hade genomfört en otillåten direktupphandling av en byggtreprenad för att uppföra ett nytt förvar. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade inledningsvis bl.a. följande:

”För att uppnå en enhetlig rättstillämpning måste den nu aktuella övergångsbestämmelsen tolkas på samma sätt oavsett om de bestämmelser som den omfattar har införts för att tillgodose ändringsdirektivet eller för att reglera situationer av nationellt intresse som har samband med de direktivstyrda bestämmelserna. En sådan bedömning ligger också i linje med EU-domstolens uttalanden i mål C-28/95, Leur-Bloem (punkt 32).

Mot denna bakgrund och då LOU i stor utsträckning grundas på EU-direktiv finns starka skäl för att tolka övergångsbestämmelsen med utgångspunkt i EU-rätten. I avsaknad av en särskild reglering i ändringsdirektivet om när en upphandling ska anses ha påbörjats får frågan bedömas med ledning av praxis från EU-domstolen”.

Efter en genomgång av EU-domstolens avgöranden i målet *kommissionen mot Frankrike*<sup>12</sup> och i målet *Stadt Halle och RPL Lochau*,<sup>13</sup> kom Högsta förvaltningsdomstolen till följande slutsats:

”Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening bör den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Av EU-domstolens avgörande i målet *Stadt Halle* framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats”.

<sup>11</sup> Se bl.a. Konkurrensverkets överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen den 16 oktober 2012, dnr 435/2011.

<sup>12</sup> EU-domstolens dom av den 5 oktober 2000, *kommissionen/Frankrike*, C337/98, EU:C:2000:543.

<sup>13</sup> EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, *Stadt Halle och RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5.

Migrationsverket hade i det aktuella fallet tagit externa kontakter och förhandlat med leverantören redan innan den 15 juli 2010. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade därför att upphandlingen hade påbörjats före regleringens ikraftträdande och att någon upphandlingsskadeavgift inte kunde påföras, även om det avtal som utgjorde grunden för ansökan hade ingåtts efter den 15 juli 2010. Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift avslogs därför.

Slutsatsen i målet HFD 2013 ref. 31 är enligt min mening välvägd som prejudikat eftersom den skapar en mer lättillämpad regel än om Konkurrensverkets tolkning av övergångsbestämmelsen hade vunnit gehör. Genom att knyta påbörjandetidpunkten – och därmed det tidsmässiga lagvalet – till tidpunkten för när upphandlingen kan bli föremål för överprövning, kan olika regelverk inte bli tillämpliga på en och samma upphandling.<sup>14</sup> Konkurrensverkets önskan om ett snabbt tidsmässigt genomslag av reglerna om upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av avtal var också ett ”problem” av övergående karaktär. I efterhand har HFD 2013 ref. 31 visat sig hålla väl vid tillämpningen av övergångsbestämmelser i upphandlingslagstiftningen. HFD 2013 ref. 31 återspeglar alltså gällande rätt.<sup>15</sup>

Högsta förvaltningsdomstolen hade dock kunnat vara tydligare med att de motsägelsefulla förarbetsuttalandena i prop. 2009/10:180 s. 310 och 374, i vilka det påstås att en otillåten direktupphandling kan anses påbörjad först när avtalet ingås, inte återspeglar gällande rätt. Domstolen kommenterade heller inte hur dess slutsats, som gav ett försämrat tidsmässigt genomslag för de nya reglerna om upphandlingsskadeavgift och ogiltighet av avtal, var förenlig med EU-domstolens avgörande i *BMW*-målet.

Sammanfattningsvis framstår Högsta förvaltningsdomstolens slutsatser i målet HFD 2013 ref. 31, trots att de sägs vara hämtade från praxis från EU-domstolen, som ett exempel på när domstolen väljer bort unionsrättens fulla genomslag i svensk rätt till förmån för ett användbart prejudikat.

## 5 Den underkända metoden för avgiftsberäkning

Under de första åren med upphandlingsskadeavgift tillämpade Konkurrensverket en metod för beräkning av storleken på den yrkade upphandlingsskadeavgiften. Utgångspunkten för beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek var det ingångna avtalets kontraktsvärde. Därefter prövades om det förelåg några förmildrande eller försvårande omständigheter i det enskilda fallet som borde inverka sänkande eller höjande på sanktionsvärdet och därmed på upphandlingsskadeavgiften.

<sup>14</sup> Andrea Sundstrand har i UrT 2014 s. 94 ff. dock kritiserat slutsatsen i målet HFD 2013 ref. 31 och menar att Högsta förvaltningsdomstolens beskrivningar av vad som kan vara den första överprövningsbara åtgärden är oförenliga med EU-domstolens praxis i frågan.

<sup>15</sup> Se t.ex. prop. 2015/16:195, s. 918.



Konkurrensverket ansåg i mål om upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling att en överträdelse av ”normalgraden” borde ligga i mitten av den övre halvan av tioprocentsskalan, det vill säga ca 7-8 procent av avtalets värde.<sup>16</sup> I de fall det fanns förmildrande respektive försvårande omständigheter yrkade Konkurrensverket belopp som motsvarade en högre respektive lägre procentsats av kontraktsvärdet. Konkurrensverkets syfte med metoden var att skapa en förutsebarhet för upphandlande myndigheter och att säkerställa att liknande fall behandlades lika.

Konkurrensverkets metod för avgiftsberäkning fick ibland kritik från domstolar och motpartsombud. Kritiken gick i huvudsak ut på att metoden inte kunde utläsas av lagtexten eller förarbetena. Istället, menade kritikerna, borde en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet göras. Kritiken till trots var det sällan domstolarna i avgörandena satte ned den yrkade avgiften till ett lägre belopp. Det förekom i princip aldrig att domstolarna ansåg att Konkurrensverket, vid tillämpningen av avgiftsmetoden, hade underlåtit att beakta någon omständighet i ett enskilt fall som skulle beaktas och inverka på upphandlingsskadeavgiftens storlek. Avgiftsmetoden och riktmärket om en avgift motsvarande 7-8 procent för överträdelser av normalgraden föreföll alltså leda till rimliga avgiftsnivåer i de enskilda fallen.

Frågan nådde år 2014 Högsta förvaltningsdomstolen i ett mål mellan Konkurrensverket och Falu kommun om fakultativ upphandlingsskadeavgift (HFD 2014 ref. 69). Konkurrensverket hade yrkat att kommunen skulle betala tio miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift. Det aktuella kontraktet i målet var värt 161 miljoner kronor. Förvaltningsrätten hade dömt ut sju miljoner och kammarrätten åtta miljoner kronor i avgift. Kammarrätten i Sundsvall angav följande:

”Av förarbetena framgår alltså att avgiftens storlek måste bestämmas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vare sig av lagtext eller förarbeten läsas ut att sanktionsvärdet ska fastställas till en viss procentandel av kontraktsvärdet. Det faktum att avgiften måste fastställas inom en viss ram med ett högsta belopp om tio miljoner kr talar dessutom rent matematiskt mot att avgiften fastställs till en viss procentandel av beloppet när det är fråga om högre kontraktbelopp. Beloppsbegränsningen i lagrummet måste, enligt kammarrättens mening, innebära att överträdelsens allvarlighetsgrad ska fastställas utifrån en helhetsbedömning där kontraktsvärdet är en av flera avgörande faktorer och där högsta avgiftsbeloppet bör reserveras för särskilt graverande fall”.

---

<sup>16</sup> Se t.ex. Konkurrensverkets ansökningar av den 17 juni 2011 (dnr 435/2011, punkterna 55-589, den 26 oktober 2011 (dnr 654/2011, punkterna 28-30) samt den 25 april 2012 (dnr 226/2012, punkterna 22-29).

Både Konkurrensverket och kommunen överklagade kammarrättens dom till Högsta förvaltningsdomstolen, som meddelade prövningstillstånd. Högsta förvaltningsdomstolen instämde i kammarrättens dom utan egen motivering och fastställde upphandlingsskadeavgiften till åtta miljoner kronor.

Målet HFD 2014 ref. 69 innebar att Konkurrensverkets avgiftsmetod underkändes. Ett av skälen för underkännandet synes vara att metoden inte hade angetts i lagtext eller i förarbeten. Men konstruktionen i 21 kap. 4 § LOU med en avgift som inte får överstiga tio procent av kontraktsvärdet ger visst stöd i lagtexten för Konkurrensverkets avgiftsmetod. I förarbetena till reglerna om upphandlingsskadeavgift återgav regeringen de allmänna principer för sanktionsavgifter som stått som förebild till sanktionsavgiftslagstiftning i svensk rätt sedan i början av 1980-talet:

”Bestämmelserna om avgiftsberäkning av avgiftsbeloppet bör så långt som möjligt konstrueras så att de utgår från ett mätbart moment i överträdelsen, som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet”.<sup>17</sup>

Det mätbara momentet för upphandlingsskadeavgiften är den procentuella andelen av avtalets värde. Kammarrätten och Högsta förvaltningsdomstolen synes ha menat att Konkurrensverkets metod innebar att det fanns en motsättning mellan avgiftsmetoden och att beakta samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet. Men någon sådan motsättning fanns inte. Avtalets värde var enligt avgiftsmetoden just en av flera faktorer som fastställde en överträdelses allvarlighetsgrad, och metoden beaktade samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet.

Det kan på goda grunder ifrågasättas vilken vägledning till rättstillämpningen som gavs i målet HFD 2014 ref. 69 då någon annan avgiftsmetod inte anvisades av Högsta förvaltningsdomstolen. Att samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet skulle beaktas stod klart och tillämpades redan innan Högsta förvaltningsdomstolens avgörande. Referatmeningen i målet HFD 2014 ref. 69 lyder ”*Fråga om upphandlingsskadeavgiftens storlek vid otillåten direktupphandling*”. Något svar gavs inte av Högsta förvaltningsdomstolen.

---

<sup>17</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 183, med hänvisning till prop. 1981/82:142.

Det kan tilläggas att Högsta förvaltningsdomstolen fem år senare, i målet HFD 2019 ref. 72, som behandlade en sanktionsavgift beslutad av Finansinspektionen enligt lagen (2016:1306) med kompletterande bestämmelser till EU:s marknadsmissbruksförordning, uttalade bl.a. följande:

”21. Finansinspektionen upprättar vägledande dokument, i form av riktlinjer, för sin egen tillämpning av det spann inom vilket sanktionsavgift bör tas ut för olika typer av överträdelser.

[...]

30. Av 5 kap. 15 och 18 §§ kompletteringslagen och dess förarbeten framgår att det vid fastställandet av en sanktionsavgifts storlek ska göras en sammanvägd bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet (a. prop. s. 390). Enligt Högsta förvaltningsdomstolens uppfattning bör Finansinspektionens riktlinjer för sanktionsavgifter kunna tjäna som utgångspunkt vid denna bedömning”.

De lagbestämmelser och förarbetsuttalanden som låg till grund för Finansinspektionens riktlinjer vilka godkändes i målet HFD 2019 ref. 72 uppvisar principiellt sett påfallande likheter med bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift. I båda regelverken har regeringen i förarbetena hänvisat till de allmänna principerna kring sanktionsavgifter i svensk rätt och uttalat att det vid fastställande av avgiftens storlek ska göras en sammanvägd bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.<sup>18</sup> Finansinspektionen har i sina riktlinjer (FI Dnr 18-3401) dessutom tagit ut svängarna väsentligt mer än vad Konkurrensverket gjorde i sin avgiftsmetod, då de förstnämnda riktlinjerna innehåller bl.a. omfattande tabeller med beloppsnivåer bestämda av Finansinspektionen. Det är enligt min mening svårt att förena Högsta förvaltningsdomstolens godkännande av Finansinspektionens riktlinjer i målet HFD 2019 ref. 72 med samma domstols underkännande av Konkurrensverkets avgiftsmetod i målet HFD 2014 ref. 69.

Frågan är då vad målet HFD 2014 ref. 69 har fått för betydelse i efterföljande mål om upphandlingsskadeavgift. Klart är att Konkurrensverket fick upphöra med att hänvisa till sin avgiftsmetod. Dock har yrkade och utdömda avgiftsbelopp i de allra flesta fallen av otillåtna direktupphandlingar med ett sanktionsvärde av ”normalgraden” även fortsättningsvis motsvarat cirka 7-8 procent av kontraktsvärdet. Konkurrensverket och förvaltningsdomstolarna förefaller alltså fortfarande tillämpa avgiftsmetoden, men numera utan att ange det.

---

<sup>18</sup> Se prop. 2016/17:22, s. 229 med hänvisning till prop. 1981/82:142, samt prop. 2016/17:22, s. 223.

## 6 De obligatoriska upphandlingsskadeavgifterna

Under min tid på Konkurrensverket var de obligatoriska ansökningarna om upphandlingsskadeavgift en återkommande källa till frustration. De obligatoriska ansökningarna görs när en förvaltningsdomstol fastställt att en upphandlande myndighet överträtt bestämmelserna om avtalsspärr men ändå avslagit leverantörens ogiltighetstalan (21 kap. 1 § 1 p. LOU) och när en förvaltningsdomstol fastställt att ett avtal slutits i strid med LOU men ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (21 kap. 1 § 2 p. LOU). Eftersom Konkurrensverket enligt 21 kap. 2 § 1 st. LOU måste ansöka om upphandlingsskadeavgift i dessa fall saknar det betydelse vad verket anser om sanktionsvärdet, om den överträdelse som fastställts i den underliggande domen är en överträdelse av LOU, eller om ens rätt lag har tillämpats i den underliggande domen.

Kännetecknande för de obligatoriska ärendena om upphandlingsskadeavgift under de inledande åren efter att bestämmelserna genomfördes i LOU var följande. Sanktionsvärdet för den konstaterade överträdelsen i den underliggande domen i ogiltighetsmålet var ofta, men inte alltid, mycket lågt. Konkurrensverket skulle i de flesta fallen ha avstått från att väcka talan om det hade varit möjligt. De upphandlande myndigheterna förvånades och förargades ofta över hur deras ”vinst” i ogiltighetsmålet ledde till att tillsynsmyndigheten väckte talan om upphandlingsskadeavgift. Dessa kännetecken verkar fortfarande råda i de obligatoriska upphandlingsskadeavgiftsärendena.

Det följer direkt av lagtextens ordalydelse att grunden för Konkurrensverkets obligatoriska ansökningar om upphandlingsskadeavgift är att en förvaltningsdomstol har dömt på ett visst sätt, inte att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. Det betyder att någon överprövning av det lagakraftvunna avgörandets riktighet inte ska göras i de obligatoriska målen om upphandlingsskadeavgift.<sup>19</sup> Konkurrensverket påtalade det redan i verkets första två obligatoriska ansökningar om upphandlingsskadeavgift.<sup>20</sup> Flera upphandlande myndigheter och vissa domstolar hade emellertid svårt att acceptera den ordningen, i vart fall fram till dess att Högsta förvaltningsdomstolen i målet HFD 2014 ref. 49 uttalade att det följer av (nuvarande 21 kap. 1 § LOU) att någon överprövning

<sup>19</sup> Det bör poängteras att i de fakultativa målen om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 3 p. LOU kan det också finnas en lagakraftvunnen dom om ogiltighet av samma avtal. Eftersom rekvisitet för upphandlingsskadeavgift i de fakultativa målen, till skillnad från de obligatoriska, är att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling, ska domstolarna i de fakultativa målen göra en fullständig prövning, vilket kan leda till en annan slutsats i samma frågor som redan prövats i det tidigare ogiltighetsmålet.

<sup>20</sup> KKV dnr 505/2011 och 606/2011.

inte ska göras av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket ska lägga till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift.<sup>21</sup>

När upphandlande myndigheter i målen om upphandlingsskadeavgift påtalade att den underliggande domen i ogiltighetsmålet var felaktig, brukade Konkurrensverket invända att myndigheten i så fall borde ha överklagat den underliggande domen eftersom den inte ska överprövas i det obligatoriska målet om upphandlingsskadeavgift. Högsta förvaltningsdomstolen har dock i målen HFD 2017 ref. 45, HFD 2017 not. 22 och HFD 2019 ref. 65 fastslagit att den upphandlande myndigheten saknar klagorätt över en dom i ett ogiltighetsmål som leder till en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift. I HFD 2017 ref. 45 var skälet till att klagorätt inte tillerkändes att fastställandet hade gjorts i *domskälen* och inte i domslutet.<sup>22</sup> Detta trots att en obligatorisk ansökan (och beslut) om en upphandlingsskadeavgift enligt HFD 2014 ref. 49 ska genomföras oavsett om fastställandet har skett i domskälen eller i domslutet. Några år senare, i målet HFD 2019 ref. 65, hade det fastställts i *domslutet* i ogiltighetsmålet att ett avtal skulle bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Där fann Högsta förvaltningsdomstolen istället att domslutets utformning i ogiltighetsmålet saknade betydelse för den upphandlande myndighetens klagorätt.

Sammanfattningsvis verkar det som att frustrationen inte kommer avta i de obligatoriska målen om upphandlingsskadeavgift, varken för tillsynsmyndigheten eller för de upphandlande myndigheterna.

## 7 De viktigaste målen

Som framgått ovan har målen om upphandlingsskadeavgift föranlett en hel del rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen i specifika frågor kopplade till förutsättningarna för utdömning av avgift och avgiftens storlek m.m. Bortsett från de frågor som är specifika för upphandlingsskadeavgiften har det också i dessa mål meddelats prejudikat av intresse för den offentliga upphandlingen generellt. Nedan är en redogörelse över de, enligt min mening, viktigaste avgörandena hittills.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Efter målet HFD 2014 ref. 49 har dock Kammarrätten i Stockholm i ett avgörande år 2018 (mål nr 6457-17 och 6459-17) funnit att domstolen i målet om upphandlingsskadeavgift (enligt nuvarande 21 kap. 1 § 2 LOU) inte är bunden av de överväganden som gjordes i den underliggande domen. Kammarrätten prövade därför huruvida det fanns rättsliga möjligheter att ålägga den upphandlande myndigheten upphandlingsskadeavgift, något som enligt min mening är oförenligt med slutsatserna i målet HFD 2014 ref. 49.

<sup>22</sup> Jag har tidigare kommenterat målet HFD 2014 ref. 49, se Wendelsson, Daniel, Några processfrågor i upphandlingsmål i Högsta förvaltningsdomstolen, UrT 2018 s. 287.

<sup>23</sup> Utöver nedanstående prejudikat i detta avsnitt är naturligtvis målet HFD 2013 ref. 31 om tolkningen av övergångsbestämmelsen, som behandlats tidigare i denna artikel, ett viktigt avgörande för den offentliga upphandlingen generellt.

I målet HFD 2016 ref. 67 fastställde Högsta förvaltningsdomstolen att det statliga fastighetsbolaget Akademiska Hus AB är ett offentligt styrt organ med skyldighet att tillämpa LOU vid bolagets upphandlingar. Konkurrensverket ansåg att Akademiska Hus omfattades av LOU eftersom bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Akademiska Hus menade att bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse, men att behovet var av kommersiell karaktär. Genom att Högsta förvaltningsdomstolen gick på Konkurrensverkets linje avgjordes en kamp mellan tillsynsmyndigheten och det statliga bolaget som hade pågått i närmare 20 år. Domen är naturligtvis primärt av direkt betydelse för Akademiska Hus upphandlingsrättsliga status. Därutöver kan Högsta förvaltningsdomstolens avgörande tjäna som ledning för nivån av konkurrens och ställning på marknaden som krävs för att ett bolag inte ska anses bedriva sin verksamhet på normala marknadsmässiga grunder.

I målet HFD 2017 ref. 66 fann Högsta förvaltningsdomstolen att ett beslut av regeringen om att en statlig myndighet ska inrätta sin verksamhet vid en viss tidpunkt inte berättigade den nybildade myndigheten Statens servicecenter att ingå avtal utan föregående annonsering med stöd av bestämmelsen om synnerlig brådska i LOU. Avgörandet inskräper att varje upphandlande myndighet själv ansvarar för sin egen efterlevnad av LOU. Överordnade myndigheter, ägare eller andra uppdragsgivare kan inte tillskapa en situation som gör att den upphandlande myndigheten får avstå från att konkurrensutsätta offentliga upphandlingar med stöd av undantaget för synnerlig brådska i LOU.

I målet HFD 2018 ref. 67 fann Högsta förvaltningsdomstolen att en kommunal nämnd kunde utgöra en egen upphandlande myndighet i LOU:s mening. Avgörande för bedömningen är om nämnden genomför upphandlingar självständigt i förhållande till kommunen, vilket ansågs vara fallet i det aktuella målet. En tidigare otillåten direktupphandling av en annan nämnd i samma kommun var därför inte en försvårande omständighet vid bedömningen av storleken på upphandlingsskadeavgiften. Att en kommun kan bestå av flera upphandlande myndigheter får stor betydelse bl.a. vid beräkningen av kontraktsvärdet och om någon upphandling över huvud taget behöver genomföras.

I målet HFD 2019 ref. 31 fastställde Högsta förvaltningsdomstolen att den statligt ägda tågoperatören SJ AB bedriver sådan transportverksamhet som omfattas av LUF. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande följde efter det första förhandsavgörandet från EU-domstolen någonsin i ett svenskt upphandlingsmål.<sup>24</sup> Målet HFD 2019 ref. 31 är det andra i sitt slag, efter Akademiska Hus, där Konkurrensverket drivit frågan om ett statligt bolags upphandlingsrättsliga status genom att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Efter att både förvaltningsrätten och kammarrätten funnit att SJ inte bedrev sådan transportverksamhet som

<sup>24</sup> EU-domstolens dom av den 28 februari 2019, SJ, C-388/17, EU:C:2019:161.

omfattas av LUF, meddelade Högsta förvaltningsdomstolen prövningstillstånd och beslutade att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. EU-domstolen fann i sitt avgörande att den verksamhet SJ bedrev omfattades av LUF-direktivet. EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden har betydelse också för andra statligt kontrollerade utländska tågoperatörer med verksamhet på den svenska järnvägen, eftersom även dessa bolag numera bör tillämpa LUF för sin svenska tågverksamhet.

I målet HFD 2020 ref. 15 fann Högsta förvaltningsdomstolen att ett avtal om bl.a. driften av ett äldreboende, som ingåtts mellan en kommun och en stiftelse inom ramen för vad som av parterna betecknas som ett s.k. idéburet offentligt partnerskap, ansågs utgöra ett tjänstekontrakt enligt LOU. Konkursverket hade väckt talan mot Alingsås kommun för en påstått otillåten direktupphandling. Målet hade möjligen inte rönt samma principiella intresse om det inte vore för att kommunen enträget hävdade att de aktuella tjänsterna inte omfattas av upphandlingslagstiftningen. Kommunen gjorde gällande att det var fråga om tjänster av icke-ekonomisk art som faller helt utanför unionsrättens tillämpningsområde. Om Högsta förvaltningsdomstolen, istället för vad som skedde, hade gått på kommunens linje, hade det inneburit en sensationell ändring som väsentligt hade ritat om den upphandlingsrättsliga kartan. En mycket stor andel av de välfärdstjänster som i dag upphandlas av kommuner och regioner enligt LOU hade då fallit utanför lagens tillämpningsområde. Eftersom så inte blev fallet i målet HFD 2020 ref. 15 är det *business as usual* på välfärdsområdet.

Ett sista avgörande värt att nämna, som inte är från Högsta förvaltningsdomstolen, är en dom från Kammarrätten i Stockholm i ett mål mellan Konkursverket och det kommunala bolaget Haninge Bostäder AB.<sup>25</sup> Genom en serie rättshandlingar vilka, sedda var för sig, inte var upphandlingspliktiga hade Haninge Bostäder förvärvat en upphandlingspliktig byggentreprenad utan att genomföra någon offentlig upphandling. Konkursverket ansåg att affären skulle genomlysas och samtliga moment bedömas i dess helhet. Konkursverket ansåg att det var fråga om en otillåten direktupphandling. Både förvaltningsrätten och kammarrätten gick på Konkursverkets linje och bedömde att det konstlade upplägget dessutom var en försvarande omständighet som invercade höjande på sanktionsvärdet. En upphandlingsskadeavgift om nio miljoner kronor dömdes ut för affären som var värd cirka 140 miljoner kronor. Även om Haninge Bostäder-målet inte är från högsta instans och egentligen endast bekräftar EU-domstolens praxis kring genomlysningar, har avgörandet fått ett stort inflytande i Sverige vid diskussioner

---

<sup>25</sup> Kammarrätten i Stockholms dom av den 29 juni 2015 (mål nr 2737-14).

kring möjliga affärsupplägg med kommuner rörande byggentreprenader, fastighetsaffärer och exploateringsavtal.<sup>26</sup>

## 8 Sammanfattande kommentarer

De första tio årens mål om upphandlingsskadeavgift i de svenska domstolarna får enligt min mening anses ha bidragit till rättsutvecklingen på upphandlingsområdet, ökat regel efterlevnaden och därigenom också höjt statusen för den offentliga upphandlingen i Sverige. De otillåtna direktupphandlingar Konkurrensverket har valt att ta till domstol i fakultativa mål om upphandlingsskadeavgift har enligt mig varit mer relevanta och sanktionsvärda än de ogiltighetsmål på grund av otillåten direktupphandling som leverantörer har drivit. Det finns enligt min mening ett värde i att tillsynsmyndigheten, vid sidan om leverantörers rätt till överprövning och skadestånd, har möjlighet att driva ärenden om upphandlingsskadeavgift för att beivra allvarliga överträdelser av LOU och driva rättsutvecklingen framåt. Reglerna om fakultativ upphandlingsskadeavgift förefaller ha gett avsedd effekt och fungerar enligt min uppfattning väl.

Den obligatoriska upphandlingsskadeavgiften är dock mindre välfungerande. Grundproblemet är att sanktionsvärdet i dessa ärenden många gånger är mycket lågt eller obefintligt. I och med Högsta förvaltningsdomstolens ovan redovisade rättspraxis kan upphandlande myndigheter inte överklaga den underliggande domen i ogiltighetsmålet som utgör grunden för den obligatoriska upphandlingsskadeavgiften och inte heller få den underliggande domens riktighet prövad i målet om upphandlingsskadeavgift. Vidare kan inte Konkurrensverket avstå från att ansöka om upphandlingsskadeavgift i dessa fall.<sup>27</sup> Det kan ifrågasättas om den rådande ordningen verkligen bidrar till att tillsynsmyndighetens, upphandlande myndigheters och förvaltningsdomstolarnas resurser används på ett ändamålsenligt sätt.

---

<sup>26</sup> En annan lärdom av Haninge Bostäder-målet är att en upphandlande myndighet som vill minska risken att bli granskad av Konkurrensverket och få en talan om upphandlingsskadeavgift emot sig, bör avstå från att ge sig till känna genom en frivillig förhandsinsyn enligt 10 kap. 5 § LOU. Konkurrensverket läser regelbundet annonser om förhandsinsyn och flera ärenden om upphandlingsskadeavgift, inbegripet Haninge Bostäder, har kommit till Konkurrensverkets kännedom genom förhandsinsynerna.

<sup>27</sup> Eftersom den obligatoriska upphandlingsskadeavgiften är en sanktion som följer av unionsrätten har lagstiftaren tidigare ställt sig kallsinnig till att göra Konkurrensverkets skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift i dessa fall fakultativ, se prop. 2009/10:18, s. 189.