



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 2  
Thomas Byström

**DOM**  
2012-02-01  
Meddelad i  
Jönköping

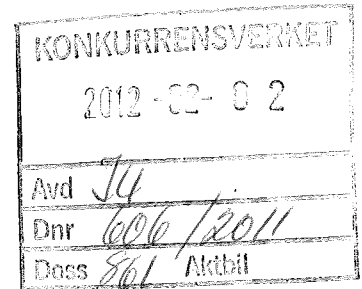
Mål nr  
5355-11  
Domare 2:4

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Sjöfartsverket  
Sjöfart och samhälle  
601 78 Norrköping

**SAKEN**

Ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

Det antecknas att målet inletts i Förvaltningsrätten i Linköping med mål nr 6232-11. Sedan Sjöfartsverket yrkat om att målet ska överlämnas till annan förvaltningsrätt, och Förvaltningsrätten i Linköping funnit skäl därför, handläggs målet i Förvaltningsrätten i Jönköping:

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och bestämmer upphandlingsskadeavgiften till 1 100 000.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Till följd av brister påträffade vid kontroll av Trollhätte kanal inledde Sjöfartsverket i juli 2010 ett upphandlingsförfarande. Upphandlingen genomfördes genom ett s.k. urvalsförfarande. De tjänster som skulle upphandlas var omfattande reparationer av kanalen och dess slussar. Reparationerna skulle få till följd att trafiken genom kanalen skulle vara helt avstängd. Annonser för kvalificering publicerades den 8 juli 2010 och sista dag för att lämna in anbudsansökan sattes till 13 september 2010. Två anbudsansökningar kom in varav båda kvalificerades. Den 5 oktober 2010 skickades

Dok.Id 57987

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

anbudsinbjudan till de båda anbudsgivarna, Betongsprutnings AB, BESAB (Besab) och Skanska Sverige AB (Skanska). Anbudet kom in till sjöfartsverket den 15 november 2010. Den 3 december 2010 skickades tilldelningsbeslutet ut i vilket Skanska tilldelats entreprenaden. Besab ansökte hos Förvaltningsrätten i Linköping den 10 december 2010 om överprövning av tilldelningsbeslutet. Den 15 mars 2011 gick anbudens giltighetstid ut. Den 16 mars 2011 avbröt Sjöfartsverket upphandlingen. Samma datum direktupphandlade Sjöfartsverket entreprenaden av Skanska. Den 4 april 2011 avslog Förvaltningsrätten i Linköping Besabs ansökan om överprövning av upphandlingen (mål nr 9973-10). Till följd av att Sjöfartsverket avbrutit upphandlingen hade Besab ändrat sin talan från överprövning av tilldelningsbeslutet till överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen. Den 5 maj 2011 avslog Förvaltningsrätten i Linköping även Besabs ansökan om överprövning av giltigheten av det direktupphandlingsavtal som ingåtts mellan Sjöfartsverket och Skanska den 16 mars 2011 (mål nr 1959-11). Förvaltningsrätten förklarade upphandlingen utgöra en s.k. otillåten direktupphandling men lät avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse.

#### *Konkurrensverket*

Till följd av att förvaltningsrätten förklarat upphandlingen utgöra en otillåten direktupphandling men lät avtalet bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU ansöker Konkurrensverket om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten jämlikt 17 kap. 1 § 2 LOU förpliktar Sjöfartsverket att i upphandlingsskadeavgift betala 1 800 000 kr. Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket i huvudsak följande. Enligt 17 kap. 1 § 2 LOU får allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 § LOU. I ett sådant fall är dessutom Konkurrensverket, som utgör

tillsynsmyndighet enligt 18 kap. 1 § LOU och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket, enligt 17 kap. 2 § skyldig att ansöka hos förvaltningsrätt om upphandlingsskadeavgift. Denna skyldighet baseras på artikel 2e i direktiv 89/665/EEG i lydelsen enligt direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet). Denna skyldighet gäller även i upphandlingsfall som inte omfattas av direktivet (prop. 2009/10:180 s. 186). En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 miljoner kr. Avgiften får inte överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställandet av avgiftens 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. Av förarbetena framgår att ett av syftena med avgiften är att förmå myndigheter att iaktta upphandlingsreglerna. Avgiften ska därför bestämmas så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelse anses vara desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Enligt Konkurrensverkets mening är avtalets ekonomiska värde det enskilt viktigaste måttet på hur allvarlig en viss otillåten direktupphandling är. Avgiftens storlek bör därför vid otillåten direktupphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets värde. Därefter bör det prövas om det föreligger några förmildrande eller försvårande omständigheter. Med Konkurrensverkets modell blir upphandlingsskadeavgiften avskräckande och effektiv, samtidigt som kraven på rättssäkerhet, proportionalitet och att lika fall behandlas lika iakttas. Att ha avtalets värde som utgångspunkt vid beräkningen av avgiftens storlek ligger också i linje med allmänna principer för systemet med sanktionsavgifter i svensk rätt. Om avtalets ekonomiska värde inte skulle få genomslag vid beräkningen av avgiftens storlek, skulle syftet med upphandlingsskadeavgiftsreglerna urholkas. Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och av den svenska lagstiftaren vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall

ofta kan anses vara högt. Vid otillåtna direktupphandlingar där vare sig några förmildrande eller försvårande omständigheter är för handen, bör avgiften kunna ligga i mitten av den högre delen av skalan, det vill säga 7-8 procent av avtalets värde. Denna modell är den som bäst återspeglar sanktionsvärdet samt den modell som legat till grund för Konkurrensverkets avgiftsyrkanden i samtliga ansökningar om upphandlingsskadeavgift. Det har inte framkommit annat än att Sjöfartsverket hade som avsikt att genomföra upphandlingen enligt 15 kap. LOU. Det var på grund av tidsbrist som Sjöfartsverket valde att avbryta upphandlingen. Enligt lagakraftvunnen dom berodde tidsbristen på Sjöfartsverkets bristande planering varför den efterföljande direktupphandlingen var otillåten. Konkurrensverket anser mot bakgrund härav, och mot bakgrund av att upphandlingens avsikt var att tillgodose det aktuella renoveringsbehovet, att sanktionsavgiften bör betinga ett något lägre värde än en otillåten direktupphandling av normalgraden. Avtalet är enligt Konkurrensverkets beräkningar värt minst 36 277 200 kr. Konkurrensverket anser därför att avgiften bör bestämmas till 1 800 000 kr, vilket utgör knappt fem procent av avtalets värde. Att avtalet mellan Sjöfartsverket och Skanska har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan däremot inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Sjöfartsverket har redan fått tillgodoräknat sig att det fanns tvingande hänsyn. Sjöfartsverket har undgått att drabbas av att det ingångna avtalet ogiltigförklarades trots att rätten funnit att det varit fråga om en otillåten direktupphandling. Att ett avtal ogiltigförklaras är typiskt sett en åtgärd som är mer ingripande för en upphandlande myndighet än att betala en upphandlingsskadeavgift. Av bland annat detta skäl finns undantaget för tvingande hänsyn endast i mål om överprövning av avtals giltighet och inte i mål om upphandlingsskadeavgift. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att avgiften ska sättas ned så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det föreläggat tvingande hänsyn till ett allmänintresse. En sådan ordning riskerar dessutom att vara oförenlig med rättsmedelsdirekti-

vets krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. Vid bedömningen av sanktionsvärdet måste det också beaktas att upphandlingsskadeavgiften är en sanktion som enligt rättsmedelsdirektiven måste utgå när avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn, i motsats till övriga otillåtna direktupphandlingar där Konkurrensverket själv får prioritera vilka ärenden som ska föranleda en ansökan i domstol. Ett synsätt där förekomsten av tvingande hänsyn utgör en för mildrande omständighet i mål om upphandlingsskadeavgift, skulle medföra att behovet av det aktuella inköpet styr hur pass allvarlig överträdelse en viss otillåten direktupphandling bedöms vara. Otillåtna direktupphandlingar av särskilt kritiska och grundläggande samhällsfunktioner skulle då inte kunna beivras med vare sig ogiltighet av ingångna avtal eller av upphandlingsskadeavgift med en storlek som motsvarar överträdelsens sanktionsvärde. När det uppkommer en konflikt mellan att upprätthålla kritiska samhällsfunktioner och skyldigheten att följa LOU har denna lösts i lagstiftningen på så sätt att de allra viktigaste avtalen skyddas från att ogiltigförklaras, men att en alternativ sanktion då istället måste utgå. Att döma ut mildare straff bara för att det föreläggat tvingande hänsyn till ett allmänintresse skulle enligt Konkurrensverkets mening vara oförenligt med lagstiftningens ändamål och systemet med alternativa sanktioner. Sjöfartsverkets agerande har dessutom föregåtts av ett övervägande av de ekonomiska kostnaderna vid en otillåten direktupphandling jämfört att den inte hade genomförts. Konkurrensverket menar att vissa av uttalandena i prop. 2009/10:180 s 197-199 kan uppfattas som svårförenliga med reglerna om obligatorisk upphandlingsskadeavgift. Uttalanden i lagförarbetena har i svensk rätt inte anspråk på samma absoluta lydning som lagtext. Under vissa förutsättningar bör de inte beaktas, och detta gäller bland annat om de är motsägelsefulla eller inte går att förena med ordalydelsen eller syftet med den aktuella lagstiftningen. Domstolar kan inte okritiskt ”tillämpa” uttalanden i förarbetena på samma sätt som gäller för lagtext (se bl.a. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 5 u, s. 358 och 372-374).

Konkurrensverket anför vidare att det faktum att Besab för en talan om skadestånd mot Sjöfartsverket inte bör föranleda en sänkning av avgiften då denna konsekvens endast är hypotetisk. Huruvida det fanns någon annan leverantör än Skanska som hade kunnat komma ifråga för entreprenaden kan inte heller det medföra en sänkning av avgiften. En sådan omständighet är endast relevant i mål om skadestånd. Konkurrensverket ifrågasätter inte heller att Sjöfartsverket har tagit till sig av det som hänt i förevarande fall. Reglerna om upphandlingsskadeavgift har emellertid inte endast ett ”individualpreventivt” syfte. Det kan också ifrågasättas vilket värde uttalanden av sådan typ har när de sker i ett pågående mål om upphandlingsskadeavgift. När det gäller Förvaltningsrätten i Linköpings handläggning av den första överprövningen (mål nr 9973-10) kan det konstateras att målet synes ha varit klar för avgörande i cirka sex till sju veckor innan Sjöfartsverket ingick det direktupphandlade avtalet. Denna handläggningstid kan inte i sig betraktas som anmärkningsvärt lång.

#### *Sjöfartsverket*

Sjöfartsverket bestrider Konkurrensverkets yrkande och yrkar i första hand att förvaltningsrätten, med hänvisning till att överträdelsen är ringa inte beslutar om någon avgift alternativt att avgiften efterges då det föreligger synnerliga skäl. I andra hand, och i det fall förvaltningsrätten skulle finna att en avgift ska påföras, bör avgiften sättas till lägsta möjliga belopp enligt 17 kap. 4 § LOU då det föreligger förmildrande omständigheter. Till stöd för sin talan anför Sjöfartsverket i huvudsak följande. Omständigheterna i den aktuella upphandlingen är sådana att det kan anses orimligt och stötande att ålägga Sjöfartsverket att betala en avgift. Sjöfartsverkets direktupphandling föregicks av flera omständigheter som måste betraktas i förmildrande riktning. Dessa kan sammanfattas i sju punkter. För det första har Sjöfartsverket hela tiden haft för avsikt att följa LOU. För det andra hade Sjöfartsverket, mot bakgrund av att arbete måste genomföras, starka skäl

att genomföra upphandlingen. För det tredje berodde överträdelsen på allmänna omständigheter och inte på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. För det fjärde kan Sjöfartsverket även i övrigt drabbas negativt. För det femte fanns det heller ingen annan leverantör som kunde komma ifråga för att utföra arbetena. För det sjätte bör förvaltningsrätten bortse från värdet av upphandlingen vid bestämmande av avgiftens storlek. För det sjunde och sista har Sjöfartsverket dessutom tagit till sig av den kritik som framförts.

Att Sjöfartsverket hela tiden haft för avsikt att följa reglerna i LOU styrks av att Sjöfartsverket genomfört en urvalsupphandling i enlighet med reglerna i LOU. Att Sjöfartsverket tvingades avbryta upphandlingen orsakades bl.a. av Förvaltningsrättens i Linköping långsamma handläggning, att Skanska inte kunde förlänga sitt anbud samt tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Sjöfartsverket hade upprepade kontakter med Förvaltningsrätten i Linköping för att få klartecken när en dom kunde meddelas. Vid varje samtal gavs besked att dom skulle meddelas nästa vecka. När någon dom fortfarande inte hade kommit i början av mars 2011 kontaktade Sjöfartsverket återigen förvaltningsrätten. Det gavs då besked från förvaltningsrättens lagman att dom skulle fattas samma vecka eller i början på den nästkommande veckan, dock före den 15 mars 2011. Den 15 mars 2011 gick anbuden, som redan förlängts två gånger, ut och vid kontakter med Förvaltningsrätten i Linköping gavs inget besked om när målet kunde avgöras. I detta läge hade Sjöfartsverket inget annat val mot bakgrund av det tvingande allmänintresse som följer av Sjöfartsverkets ansvar för att säkerställa att sjöfartens infrastruktur fungerar med bibehållen sjösäkerhet och ett strikt ansvar för dammsäkerheten i Göta älv, än att genom direktupphandling teckna kontrakt med Skanska. Om Sjöfartsverket hade fått en dom i nära anslutning till när ärendet var färdigkommunicerat hade möjlighet funnits att göra en förnyad upphandling. Dom meddelades först i april 2011 och frågan gällde då endast om Sjöfartsverket hade rätt att avbryta upphandlingen. Att ett förtursmål ligger cirka sex till sju veckor i väntan på

att avgöras är att anse som anmärkningsvärt. Frågan är hur länge Sjöfartsverket hade behövt vänta på dom om upphandlingen inte avbrutits.

Detta mål är ett av de två första som prövas av domstol. Det andra målet avser ett kommunalt bolag som överträtt reglerna om avtalsspärr och där yrkar Konkurrensverket på en avgift om 150 000 kr vilket motsvarar 0,3 procent av kontraktsvärdet.

De arbeten som ingick i upphandlingen var det absolut nödvändigt att genomföra och det var förenat med alldeles för stora risker att skjuta på arbetena ytterligare ett år. I den uppkomna situationen fanns därför inga andra alternativ än att genomföra direktupphandlingen. Omständigheterna är sådana att det kan anses orimligt och stötande att ålägga Sjöfartsverket att betala en avgift. Avgiften bör därför helt efterges enligt 17 kap. 5 § 2 st. LOU. Sjöfartsverket hänvisar till förarbetena där det som ett skäl, enligt 17 kap. 5 § 2 st. LOU, anges att en direktupphandling genomförts utan att ”synnerliga skäl” enligt 15 kap. 3 § LOU har ansetts *helt* uppfyllda. Även om förvaltningsrätten konstaterade att det inte kunde anses föreligga synnerliga skäl för en direktupphandling så bör skälen vara tillräckliga för att tillämpa undantagsbestämmelsen i 17 kap. 5 § 2 st. LOU. Av förarbetena framgår att när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelsen kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen (prop. 2009/10:180 s. 198). Sjöfartsverket anser att den aktuella direktupphandlingen ska anses ha ett lågt sanktionsvärde. Konkurrensverkets resonemang om att Sjöfartsverket inte kan tillgodogöra sig att det förelåg tvingande hänsyn även i målet om upphandlingsskadeavgift är felaktigt. Det är nödvändigt att väga samtliga skäl som föregått direktupphandlingen. Sjöfartsverket bedömde att det fanns en möjlighet att genomföra en direktupphandling med hänsyn till synnerliga skäl. Av förarbetena framgår att det vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Är



rättsläget oklart bör det påverka sanktionsvärdet (prop. 2009/10:180 s.197). Rättsläget kan inte anses vara så klarlagt att det vid tidpunkten för beslutet kunde konstateras att det var helt uteslutet att en domstol inte skulle acceptera Sjöfartsverkets inställning. Vidare framgår av förarbetena att det förhållande att en myndighet på annat sätt drabbas negativt i vissa fall kan ses som förmildrande (prop. 2009/10:180 s. 198) Sjöfartsverket har blivit stämt av Besab på över fem miljoner kronor.

Värdet av upphandlingen liksom avtalstidens längd har en viss betydelse vid bedömningen av vilket sanktionsvärde som anses föreligga. Hänsyn ska tas till om andra leverantörer hade kunnat komma ifråga om upphandlingen genomförts korrekt. I det här fallet fanns inget annat alternativ och det kan inte heller anses troligt att någon annan anbudsgivare hade kunnat vara aktuell för att få uppdraget. I det här ärendet bör således inte värdet av upphandlingen ha någon betydelse för sanktionsvärdet. Sjöfartsverket anser, till skillnad mot Konkurrensverket, att avgiften ska beräknas utifrån vad som är skäligt med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet, enligt 17 kap. 5 § LOU, och inte utifrån upphandlingens värde. De procentsatser som anges i lagen är endast att anse som en begränsningsregel och bör inte i sig läggas till grund för att beräkningen ska utgå från upphandlingens värde. Den modell som Konkurrensverket har konstruerat för att beräkna upphandlingsskadeavgiften har inte i sig stöd i lag eller förarbeten. Konkurrensverket anser sig, såvitt Sjöfartsverket kan förstå, ha stöd för sin modell i följande uttalande i prop. 2009/10:180 s. 183: "Bestämmelserna om beräkning 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." Vidare anges på sidan 196 i anförd prop.: "Den föreslagna lösningen med beloppsintervall innebär en hög grad av förutsebarhet och blir även förhållandevis enkel att tillämpa. För att minska risken för en orimligt hög avgift vid upphandlingar som uppgår till förhållandevis låga värden, bör avgiften även knytas till värdet på den aktuella upphandlingen. Regeringen

anser därför att avgiften inte bör kunna uppgå till ett högre belopp än tio procent av värdet på upphandlingen i fråga, dvs. kontraktsvärdet.” Kontraktsvärdet har således införts som en parameter för jämkning av en orimligt hög avgift vid upphandlingar som uppgår till förhållandevis låga värden. Lagrummets (17 kap. 4 §) lydelse speglar också förarbetena då det där stadgas att avgiften inte får överstiga 10 procent. Däremot nämns inget om att beräkningen av avgiftens storlek ska utgå från kontraktsvärdet. Inte heller att Konkurrensverket har något bemyndigande att ange bestämmelser om beräkning av avgiftens storlek. Upphandlingens värde är endast en parameter för beräkning. Hade det varit så enkelt att uppnå bestämmelsens syfte som att bara titta i en modell och sedan i en kolumn så hade detta gjorts av lagstiftaren. Tvärtom har lagstiftaren angett att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till sanktionsvärdet.

Konkurrensverket menar att de har tagit hänsyn till att Sjöfartsverket menade att genomföra en upphandling enligt LOU när beloppet sänkts från *normala* sju till åtta procent till knappt fem procent. Att i ett av de två första målen om upphandlingsskadeavgift ange vad som är normalt torde inte åligga Konkurrensverket. En avgift som är effektiv, proportionerlig och avskräckande kanske kan bidra till att en upphandlande myndighet väljer att inte bryta mot LOU. Sjöfartsverket har dock aldrig haft som syfte att bryta mot lagen. Förvaltningsrätten bör inte sätta en högre avgift, än vad som annars hade blivit fallet, för att avskräcka andra myndigheter.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Av 17 kap. 1 § LOU framgår att förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,
2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller
3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Enligt 17 kap. 2 § 1 st. LOU ska tillsynsmyndigheten hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Enligt 17 kap. 4 § 1 st. LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår 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.

Av förarbetena till lagen framgår när det gäller beräkning av avgiftens storlek bl.a. följande. Bestämmelserna om beräkning 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 (prop. 2009/10:180 s. 183). När det gäller beräkning av avgiftens storlek framgår även att domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till (prop. 2009/10:180 s. 369-370).

Av förarbetena framgår vidare att när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelser kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det följer emellertid av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras i dessa fall. Ett tänkbart exempel på fall då avgiften bör kunna efterges, vilket Lagrådet har efterfrågat, skulle kunna röra direktupphandlingar som inte riktigt anses nå upp till kravet på synnerliga skäl i 15 kap. 3 § andra stycket. Den regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som

inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över (jfr prop. 2001/02:142 s. 99). Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. Det kan emellertid tänkas att en upphandlande myndighet, på grund av eget agerande, har hamnat i en situation där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla exempelvis för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift ska beslutas på grund av den otillåtna direktupphandlingen och att eftergift därför skulle kunna komma i fråga. (prop. 2009/10:180 s. 370).

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten i Linköping har i mål 9973-10 bedömt att Sjöfartsverkets direktupphandling den 16 maj 2011 utgjorde en otillåten direktupphandling. Domstolen beslöt dock att avtalet skulle bestå med hänsyn till tvingande allmänintresse. Av 17 kap. 1 § 2 framgår att förvaltningsdomstol då får besluta om att påföra upphandlande myndighet en upphandlingsskadeavgift. Det föreligger således grund för att pröva huruvida Sjöfartsverket ska påföras en upphandlingsskadeavgift.

Sjöfartsverket har i första hand yrkat att det inte ska beslutas om någon avgift då förseelsen är att anse som ringa alternativt att avgiften ska efterges då det föreligger synnerliga skäl. Förvaltningsrätten konstaterar dock att avgift ska utgå vid fall av otillåten direktupphandling där avtalet har fått bestå på grund av hänsyn till tvingande allmänintresse (se prop. 2009/10:180 s. 370). Vad förvaltningsrätten har att pröva i detta mål blir därför storleken på den avgift som Sjöfartsverket ska betala.

När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas anges i 17 kap. 4 § LOU ramar för bedömningen där lägsta avgift som kan utgå är 10 000 kr och högsta avgift 10 000 000 kr. Vidare anges att avgiften inte får överstiga 10 procent av kontraktsvärdet. Av 5 § i samma kapitel stadgas att det vid fastställande av avgiftens storlek ska tas särskild hänsyn till hur allvar-

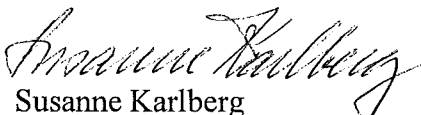
lig överträdelsen är. Av förarbetena framgår att domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte och att hänsyn ska tas till såväl förmildrande som försvårande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser (prop. 2009/10:180 s. 369-370). Av lagen med dess förarbeten framgår därmed att den yttre ramen för nu aktuell bedömning sträcker sig från 10 000 kr till 10 procent av avtalets värde, 3 622 720 kr. På detta sätt knyts bedömningen till avtalets storlek vilket får anses positivt ur såväl förutsebarhetsperspektiv som vid beaktande av lagens avskräckande och preventiva karaktär. Att såsom Konkurrensverket gjort låsa bedömningen till den övre delen av skalan enbart på den grund att Sjöfartsverket genomfört en otillåten direktupphandling är alltför strikt och står inte i överensstämmelse med lagstiftarens intentioner om en helhetsbedömning där alla relevanta omständigheter ska beaktas. Det är förvisso så att otillåtna direktupphandlingar generellt sett utgör ett av de allvarligare brotten mot upphandlingsreglerna. Det som gör att otillåtna direktupphandlingar generellt sett är att betrakta som allvarligare kan dock snarare anses bero på att reglerna om offentlig upphandling då helt kan ha förbigåtts. Det finns varken i lagen eller i dess förarbeten något som hindrar att vid beaktande av samtliga omständigheter en otillåten direktupphandling betingar ett sanktionsvärde i den nedre delen av skalan. Den övre delen av skalan torde dessutom vara förbehållen de situationer där en upphandlande myndighet medvetet har kringgått upphandlingsreglerna eller där myndigheten varit diskriminerande i sitt förfarande.

Av handlingarna i målet framgår att Sjöfartsverket inlett ett upphandlingsförfarande där man tagit in anbud och i behörig ordning fattat ett tilldelningsbeslut. Under prövning av tilldelningsbeslutet i Förvaltningsrätten i Linköping hamnade dock Sjöfartsverket i tidsnöd och valde på grund därav att avbryta upphandlingen och istället genomföra en direktupphandling.

Det får därmed anses troligt att Sjöfartsverket haft för avsikt att följa reglerna i LOU. Detta får anses som en förmildrande omständighet. Sjöfartsverket har gjort gällande att det bl.a. var på grund av långsam handläggning i Förvaltningsrätten i Linköping som de var tvungna att avbryta upphandlingen och istället genomföra en direktupphandling. I lagakraftvunnen dom (Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1959-11) har det dock konstaterats att direktupphandlingen var resultatet av Sjöfartsverkets egen bristande planering. Sjöfartsverket har även gjort gällande att det var på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse som de var tvungna att genomföra direktupphandlingen och att detta skulle utgöra en förmildrande omständighet. Konkurrensverket å sin sida hävdar att Sjöfartsverket i prövningen om direktupphandlingsavtalets giltighet redan tillgodogjort sig denna grund och att ett beaktande av denna omständighet dessutom skulle strida mot systemet med alternativa sanktioner. Denna syn vinner dock inte stöd i rättskällorna. Tvärtom tas i förarbetena denna situation upp som ett exempel på en situation där sanktionsvärdet kan tänkas vara lågt. Konkurrensverkets invändning att uttalandena i förarbetena står i strid med ordalydelsen och syftet med lagen får i denna bemärkelse anses felaktig. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger här ingen kontradiktion. Förarbetena talar om att det i denna typ av situationer i vissa fall kan tänkas att sanktionsvärdet är lågt men att avgift enligt ändringsdirektivet måste påföras. Att tvingande hänsyn till allmänintresse får beaktas ligger dessutom i linje med att domstolen har ett stort utrymme att beakta *alla* relevanta omständigheter. Bedömningen sker dock inte per automatik. Bara för att det har konstaterats att det föreligger ett tvingande allmänintresse blir således inte sanktionsvärdet lågt. Förarbetenas motsägelsefulla del är frågan om eventuell eftergift som svårligen låter sig förenas med ändringsdirektivets krav på sanktion. Förevarande fall omfattas dock inte av direktivet och det är därför den nationella regleringen som blir avgörande. När lagstiftaren har utökat reglerna utöver direktivets tillämpningsområde har det dock gjorts utan urskillning. Eftergift i förevarande fall kan därför inte anses förenligt

med gällande rätt. Enligt förvaltningsrättens mening får det faktum att det förelegat tvingande allmänna intressen dock ytterligare anses styrka att Sjöfartsverket haft för avsikt att genomföra en upphandling i enlighet med LOU men nödgats avbryta denna. Enligt förvaltningsrätten är därför överträdelsen att se som mindre allvarlig varför sanktionsvärdet får anses vara relativt lågt. Avgiften bör dock inte vara av en obetydlig storlek då det är viktigt att myndigheter planerar sin verksamhet så att situationer där de på grund av tidsnöd tvingas frångå upphandlingsreglerna inte uppkommer. Ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därmed bifallas och avgiften bestämmas till 1 100 000 kr, motsvarande ungefär tre procent av kontraktsvärdet.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1D LOU)

  
Susanne Karlberg