

PM 2 2023-04-03 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen, domstolstrots och bristande upphandling.

En regionkommun har underlåtit att rätta sig i enlighet med en beslutad avtalsogiltighet, och istället tecknat ett nytt likalydande avtal med samma avtalspart.

Region Jämtland Härjedalen (nedan Regionen) slöt den 29 augusti 2021 ett avtal (nedan Avtalet),¹ om nyttjanderätt till och drift av ett datorsystem (SAM3001) för planering av anropsstyrda persontransporter. Avtalet, som slöts direkt och utan föregående annonsering med ett privat företag (nedan IT-företaget), avser perioden den 1 juli 2021 till den 30 september 2022, med möjlighet till två månaders förlängning till den 30 november 2022, dvs. för en period av maximalt (15+2=) 17 månader.

Regionen har även tidigare, i november 2020, slutit ett likalydande avtal direkt med IT-företaget. Detta tidigare avtal avsåg också nyttjanderätt till och drift av fordonsplaneringssystemet SAM 3001,² men förklarades ogiltigt i en dom av Förvaltningsrätten i Härnösand den 7 juni 2021³ (se vidare Konkurrenskommissionens utredning KKO 21-001). Någon rättelse genom återgång av prestationerna i det ogiltigförklarade avtalet har såvitt kunnat utredas dock inte skett, utan Regionen har valt att istället vidmakthålla avtalsförhållandet genom det nu aktuella Avtalet, som trädde i kraft den 1 juli 2021.

Avtalets värde kan med utgångspunkt i hittills genomföra betalningar under perioden oktober 2020 till och med december 2021 uppskattas till c:a 867.000 kronor.⁴ I avtalet har emellertid inta-gits en beloppsmässig värdebegränsning på 615.312 kronor, innebärande att avtalets giltighet kommer att upphöra sedan detta värde uppnåtts.⁵

Kammarrätten i Sundsvall har i dom av den 5 december 2022⁶ beslutat att även det nya avtal som Regionen slöt med IT-företaget i augusti 2021 har ingåtts på ett sätt som strider mot LOU. Av dom-skålen framgår bland annat att värdet av det nya avtalet ska beräknas utifrån den angivna månads-kostnaden multiplicerat med avtalets längsta giltighetstid om 17 månader. Vid en sådan beräkning är avtalets kontraktsvärde strax över 600 000 kr. När det gäller det tidigare avtal, som lagakraft-vunnet ogiltigförklarats av förvaltningsrätten,³ har det inte framkommit annat än att Regionen under perioden januari–juni 2021 fortsatt att nyttja upphandlingsföremålet. Kammarrätten finner därmed att det finns skäl att vid beräkning av kontraktets värde väga samman de båda avtalens värden. Vid denna beräkning ska alltså även perioden januari–juni 2021 beaktas. Det kan därmed konstateras att det sammanlagda kontraktsvärdet för avtalen överstiger tröskelvärdet för direktupphandling. Det har därmed inte varit tillåtet att använda sådan upphandling varmed förutsättningarna för ogiltig-förklaring av avtalet är uppfyllda. Kammarrätten fann dock att det föreligger ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse att ändå låta avtalet bestå. Obligatorisk upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter – kommer därmed utkrävas i ett senare förfarande (se vidare nedan).

¹ Se Avtal om ”nyttjanderätt till och drift av transportplaneringssystemet SAM3001 (eller en i framtiden uppdaterad version av detta system)” som tecknades mellan Regionen och IT-företaget 21 juli (Regionen) och den 29 augusti 2021 (IT-företaget).

² Tidigare avtal angående motsvarande tjänster hade tecknats mellan samma parter den 2 november 2020 till att avse ”nyttjanderätt till och data-maskinell drift av datorsystem för planering av anropsstyrda persontransporter, SAM3001 (eller en i framtiden uppdaterad version av detta system)” under perioden den 1 oktober 2020 till och med den 30 september 2024.

³ Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 7 juni 2021 i mål nr. 753-21. Domen överklagades aldrig utan vann laga kraft den 29 juni 2021.

⁴ Beräkningen har gjorts utifrån ett uppskattat genomsnittligt månadvärde på c:a 51.000 kronor per månad, eller således totalt (51.000 x 17=) 867.000 kronor.

⁵ Se Avtalet, sid 9, punkten ”Ekonomiska villkor”, av vilken framgår följande: ”Avtalet är upprättat till följd av en direktupphandling vilket medför att avtalet är begränsat i värde till 615.312 kr. Detta innebär att avtalet upphör att gälla oaktat angiven avtalstid om sammanlagda köp inom avtalet har uppgått till det värdet”.

⁶ Se Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 5 december 2022 i mål nr 1738-22; se även Förvaltningsrätten i Härnösands dom av den 16 juni 2022 i mål nr 196-22. Avgörandet har vunnit laga kraft.

Gällande rätt

Grunderna för det svenska statsskicket framgår av regeringsformen (RF). Av 1 kap. 1 § RF framgår att den offentliga makten förverkligas genom bland annat kommunal självstyrelse, och ska utövas under lagarna. Med bestämmelsen avses att folkstyrelsen är underkastad lagens band. Kravet på att all maktutövning ska vara lagbunden gäller alla offentliga organs verksamhet, och omfattar även regionkommunala församlingar och myndigheter. Dessa har således att iaktta i första hand grundlagarnas föreskrifter men även övriga lagbud så länge dessa är gällande.⁷

Även av 8 kap. 5 § andra punkten RF följer att det i lag meddelas föreskrifter om kommunernas befogenheter och om deras åligganden. I doktrinen framhålls särskilt, att bestämmelsen i 1 kap. 9 § RF att den offentliga förvaltningen ska iaktta saklighet och opartiskhet gäller också för kommunerna samt att dessa alltid ska iaktta regeln i 1 kap. 1 § RF om att den offentliga makten utövas under lagarna.

Tillsynen av att lagarna efterlevs tillkommer enligt 11 kap. RF i första hand domstolarna, vars självständighet gentemot övriga myndigheter särskilt garanteras i 11 kap. 2 § RF.

Svenska regioner och kommuner är således rättsligt underordnade, dels av riksdagen beslutad lagstiftning (eller andra författningar som grundas i lag eller som följer regeringens s.k. restkompetens),⁸ dels sådana domstolsavgöranden som avser tillämpningen av sådan lag eller annan författning. Som svensk lag⁹ gäller även sådana fördrag och övriga rättsakter, avtal och andra beslut som löpande antas av Europeiska unionen (EU), däribland Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget)¹⁰ och de upphandlingsrättsliga direktiven.¹¹

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera leverantörer och en eller flera upphandlande myndigheter som avser bl.a. tillhandahållande av varor.

Upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.¹¹ Bestämmelserna är en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet i artiklarna 18, 49 och 56 i EUF-fördraget samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU)¹² och syftar bland annat till att motverka korruption i offentlig verksamhet.¹³

Lagen är generellt tillämplig på åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa bl.a. varor genom tilldelning av kontrakt.¹⁴ Regioner (kommunala myndigheter)¹⁵ utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt måste följa lagens bestämmelser.¹⁶

⁷ Se Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar, Publica, specialkommentaren till 1 kap. 1 § RF.

⁸ Avseende regeringens s.k. restkompetens se 8 kap. 13 § RF.

⁹ Se lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

¹⁰ EU-fördragen (de s.k. Lissabon-fördragen) utgörs av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan), vilka trädde i kraft per den 1 december 2009.

¹¹ Bestämmelserna i 19 kap. LOU har nyligen ändrats genom en ändringsförfattning (SFS 2021:1110) som trädde i kraft den 1 februari 2022.

¹² EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹³ Se bl.a. SOU 2018:44, avsnitt 7, Ett regelverk som motverkar korruption, (s. 233 ff.).

¹⁴ Se 1 kap. 2 § LOU.

¹⁵ Se 1 kap. 22 § LOU jämförd med 1 kap. 18 § LOU.

¹⁶ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU näringsidkare som på marknaden tillhandahåller aktuella varor eller tjänster leverantörer, som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Eftersom bestämmelserna syftar till att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets föreskrifter om etableringsfrihet och fri rörlighet har det i 4 kap. 1 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett förfarande¹⁷ ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland krav på *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*.¹⁸ Av dessa följer att alla leverantörer¹⁹ ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor. Av det till kravet på likabehandling kopplade *förbudet mot diskriminerande särbehandling* följer vidare att medlemsstaterna och deras myndigheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling utan samtliga leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.²⁰

Utifrån vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i HFD 2012 ref. 48 är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa leverantörernas lika förutsättningar att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I 4 kap. 2 § LOU finns därför vidare en förtydligande bestämmelse att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (jfr. 6 kap. 14 § andra stycket LOU).

Enligt 9 kap. 6 § LOU får som regel den upphandlande myndigheten inte begränsa det som ska upphandlas till ett fabrikat, ursprung eller ett framställningssätt som tillhandahålls enbart av viss leverantör. Inte heller angivande av varumärken, patent, ursprung, eller tillverkning tillåts förekomma om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas. Sådana hänvisningar får dock komma ifråga om det inte annars är möjligt att beskriva det som ska anskaffas på ett tillräckligt tydligt sätt. Hänvisningen ska i förekommande fall alltid följas av orden ”*eller likvärdigt*”, för att på detta sätt markera att även likvärdiga produkter kan komma ifråga.

Avtal om köp eller hyra av programvarulicens (CPV 48810000, alt. 30000000)²¹ ska bedömas enligt lagens bestämmelser om *varukontrakt*²² under förutsättning att programvaran utgör huvudföremålet för kontraktet.²³ Om det aktuella *kontraktsvärdet*²⁴ bedöms understiga vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde, som 2021 uppgick till 2.197.545 kronor,²⁵ ska förfarandet handläggas i enlighet med de nationella bestämmelserna i lagens 19:e kapitel.²⁶

¹⁷ De grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU har införts för att även omfatta förfaranden som annars ligger utanför det direktivstyrda regelverket, se bl.a. HFD 2018 ref. 60 med särskilt yttrande av justitierådet Nord.

¹⁸ De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - (tidigare EG-fördragets art. 28-30 och 43-55 EG). Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU.

¹⁹ Med *leverantörer* avses enligt 1 kap. 16 § LOU företag som är verksamma med att på marknaden tillhandahålla varor, tjänster eller byggtreprenader.

²⁰ Prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

²¹ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

²² Enligt 1 kap. 24 § LOU ska med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan dessutom som underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

²³ Se 2 kap. 2 § LOU. För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

²⁴ Kontraktsvärdet ska enligt 19 kap. 2 § jämförd med 5 kap. 3 § LOU beräknas enligt det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas, ska värdet uppskattas till månadsvärdet x 48 (se 5 kap. 10 § tredje stycket LOU).

²⁵ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 5 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (bland annat regionkommuner) uppgick under 2021 till 2.197.545 kronor - se regeringens tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁶ Bestämmelserna ibland annat 19 kap. LOU har genom ändringsförfattning (SFS 2021:1110) ändrats med giltighet från och med den 1 februari 2022, men eftersom Avtalet slöts för detta datum ska lagens äldre bestämmelser tillämpas i ärendet.

Upphandlingen ska som huvudregel genomföras i ett annonserat förfarande där alla leverantörer ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.²⁷ Direkt tilldelning, där den upphandlande myndigheten vänder sig till och tecknar avtal direkt med en viss leverantör,²⁸ får endast komma ifråga vid vissa i lagen särskilt angivna undantagsfall.²⁹ Exempelvis får *direktupphandling* på grund av lågt värde komma ifråga om kontraktsvärdet inte överstiger 615.312,60 kronor.³⁰ Vid värdeberäkningen ska dock även beaktas andra direktupphandlingar av samma slag som den upphandlande myndigheten gjort under räkenskapsåret.³¹

Regelverket kring ogiltighet av avtal följer ytterst av EU:s rättsmedelsdirektiv³² vilka för svenskt nationellt vidkommande genomförts i 20 kap. 13 § LOU. Enligt dessa bestämmelser ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om det, utan grund för direktupphandling, har slutits utan föregående annonsering.³³ En således beslutad ogiltighet medför ett retroaktivt upphörande (*ex tunc*) av avtalets alla civilrättsliga skyldigheter. Om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten dock besluta att avtalet får bestå, trots att det annars föreligger tillräckliga skäl för ogiltighet.³⁴

Vid det nationella genomförandet av EU:s rättsmedelbestämmelser har medlemsstaterna kunnat välja mellan retroaktiv avtalsogiltighet (*ex tunc*) eller framtida ogiltighet (*ex nunc*), varav det senare enbart träffar sådana avtalsbestämmelser som ännu inte hunnit genomföras.³⁵ I ändringsdirektivet motiveras bestämmelserna om ogiltighet vid otillåten direkttilldelning enligt följande.³⁶

”(13) För att bekämpa otillåten direkttilldelning, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå, bör effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner föreskrivas. Ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning bör därför i princip anses vara ogiltigt. Ogiltigheten bör inte vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattats av ett oberoende prövningsorgan.

(14) Ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv bör omfatta all upphandling där inget föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i Europeiska unionens officiella tidning enligt direktiv 2004/18/EG. Detta motsvarar ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt direktiv 2004/17/EG.”

Om en medlemsstat väljer att införa alternativet med retroaktiv avtalsogiltighet (*ex tunc*) räcker det enligt unionsrätten med detta. Sanktionsvärdet av en sådan ogiltighet anses nämligen vara tillräckligt *effektivt, proportionellt och avskräckande*.

²⁷ Vid upphandling under tröskelvärde ska som huvudregel handläggningen ske som ett *förenklat förfarande* enligt 19 kap. 5 § eller *urvals-förfarande* enligt 19 kap. 6 § LOU.

²⁸ Direkttilldelning kan se genom antingen ett *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* enligt 6 kap. 12-19 § LOU eller *direktupphandling* enligt 19 kap. 7 tredje stycket LOU.

²⁹ Se 19 kap. 7 § tredje stycket (i lydelse före den 1 februari 2022) samt 6 kap. 12-19 §§ LOU.

³⁰ Se 19 kap. 7 § LOU (i lydelse före den 1 februari 2022) enligt vilken direktupphandling tillåts komma ifråga om värdet av det som upphandlas uppgår till maximalt 28 procent av tröskelvärdet (f.n. 2.197.545 kronor) eller 615.312,60 kronor.

³¹ Se 19 kap. 8 tredje stycket (i lydelse före den 1 februari 2022).

³² Se Europeiska rådets direktiv (89/665/EEG) av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. *första rättsmedelsdirektivet*) i lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv (2007/66/EG) av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (det s.k. *ändringsdirektivet*).

³³ Se 20 kap. 13 § LOU (i lydelse före den 1 februari 2022).

³⁴ Se 20 kap. 14 § LOU. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå (Ds 2009:3, s. 156, prop. 2015/16:195, s. 1089 f. samt skäl 22 till ändringsdirektivet). Rent *ekonomiska intressen* av att upprätthålla avtalets giltighet ska vidare som regel inte beaktas (se prop. 2009/10:180, s.103 samt artikel 2d.3 andra och tredje stycket ändringsdirektivet).

³⁵ Enligt artikel 2d.2 ändringsdirektivet ska följden av att ett avtal anses vara ogiltigt bestämmas i nationell lagstiftning till antingen ett kvitt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner (jfr. artikel 2e.2 samma direktiv).

³⁶ Skäl 13 och 14 till ändringsdirektivet; se även prop. 2009/10:180, s. 100.

Väljer emellertid medlemsstaten att begränsa ingripandet till att enbart omfatta ogiltighet av sådana skyldigheter som ännu inte hunnit fullgöras (*ex nunc*) måste det i den nationella lagstiftningen även införas andra, *alternativa sanktioner* såsom exempelvis obligatorisk sanktionsavgift.³⁷ Enbart framtida avtalsogiltighet anses nämligen inte vara tillräckligt ingripande i sig.³⁸

Av de svenska lagförarbetena framgår att genomförandet i LOU avser retroaktiv ogiltighet. Det har därmed inte behövt införas någon ytterligare, alternativ sanktion, utan domstols förordnande om retroaktiv avtalsogiltighet enligt 20 kap. 13 § LOU ska medföra en tillräckligt avskräckande sanktion.³⁹ Av specialmotiveringen till bestämmelsen om avtalsogiltighet⁴⁰ framgår bland annat följande.

”Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer. En annan tänkbar situation är en byggnad som uppförts till hälften när avtalet förklaras ogiltigt. I en sådan situation får ersättning lämnas för de prestationer som redan har utförts, medan framtida prestationer inte får utföras”.

Bestämmelsen har även tillämpats i vägledande rättspraxis. I HFD 2012 ref. 27 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen bland annat följande.

”En ogiltigförklaring av ett avtal innebär att gjorda prestationer ska gå åter. I den mån en återgång inte kan ske (t.ex. avseende tjänster som levererats) ska avtalets ogiltighet regleras på så sätt att parternas förmögenhetssituation återställs till hur den var innan avtalet ingicks”.

Det primära syftet med bestämmelsen om avtalsogiltighet är att, genom återgång av prestationerna, kunna återskapa det behov som föregått den otillåtna direkttilldelningen och på detta sätt möjliggöra att ett nytt annonserat upphandlingsförfarande genomförs i det ogiltiga avtalets ställe.⁴¹

Enbart undantagsvis, för de fall att återgång av prestationerna inte längre är möjlig, kan en sådan åtgärd bero. För dessa fall anger dock lagstiftaren att förmögenhetsläget mellan parterna ska återställas såsom det gällde innan det ogiltiga avtalet slöts.⁴² Detta bör i första hand ske utifrån att återbetalning av ersättning ska ske till den upphandlande myndigheten. Efter en skälighetsbedömning kan leverantörens nedlagda kostnader⁴³ dock avräknas mot återbetalning.

Det kan således konstateras att ett lagakraftvunnet avgörande om ogiltighet av avtal normalt inte ska kunna passera obemärkt, utan negativa konsekvenser för de inblandade avtalsparterna.

Av EU:s rättsmedelsbestämmelser följer att medlemsstaterna ska *”se till att domstolarnas beslut kan verkställas effektivt”*.⁴⁴ Uppkommande behov av att exempelvis genomföra täckningsköp efter en beslutad avtalsogiltighet har inte ansetts medföra laga grund för direktupphandling.⁴⁵

³⁷ Se art. 2d.2 andra stycket ändringsdirektivet (2007/66/EG).

³⁸ Se art. 2e.2 första stycket ändringsdirektivet (2007/66/EG).

³⁹ Se prop. 2009/10:180, s. 136 f. där regeringen som tungt vägande skäl framhåller att bestämmelsen om retroaktiv avtalsogiltighet (*ex tunc*) ”... torde ha en större preventiv effekt på upphandlande myndigheter och enheter än om ogiltigheten begränsas till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts”.

⁴⁰ Prop. 2009/10:180, del 1, s. 361 (nederst).

⁴¹ Jfr skäl 14 till ändringsdirektivet (2007/66/EG).

⁴² Prop. 2009/10:180, del 1, s. 136, 225 f. och 361 f.

⁴³ I lagförarbetena, prop. 2009/10:180, del 1, s. 225, anger regeringen som exempel på skadeståndsgrundande kostnader att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med viss minsta uppsägningstid eller kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. Den del av betalningen som hänför sig till leverantörens handelsvinst eller täckningsbidrag för dennes fasta kostnader bör däremot som regel inte kunna avräknas från återbetalning, även om återgång av varorna/tjänsterna inte är längre är möjlig

⁴⁴ Se art. 2.8 första rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG), se även art. 2.8 andra rättsmedelsdirektivet (92/13/EEG) enligt vilken medlemsstaterna har att *”se till att prövnings-organens beslut verkligen åtföljs”*.

⁴⁵ Se prop. 2021/22:5, s. 161; jfr. 19 a kap. 6 § punkten 3 LOU i lydelse efter den 1 februari 2022.

I lagförarbetena⁴⁶ anför regeringen att ”om en upphandlande myndighet eller enhet, i strid mot en domstols avgörande, fortsätter att tillämpa ett avtal som förklarats ogiltigt eller sluter ett avtal i enlighet med ett upphävt tilldelningsbeslut, torde det kunna betraktas som en otillåten direktupphandling, varpå avtalet (återigen) kan förklaras ogiltigt”. Regeringen ger härigenom uttryck för att ett vidmakthållande av ett ogiltigförklarat avtalsförhållande medför att ett nytt avtal och ny upphandling uppkommer, som i sin tur kan göras till föremål för rättslig överprövning⁴⁷ och menar att LOU därigenom uppfyller unionsrättens krav på effektiva åtgärder mot domstolstrots.

Avtal som har kommit till genom en s.k. *otillåten direkttilldelning*, utan iakttagande av kravet på annonsering, kan förklaras ogiltigt efter beslut av allmän förvaltningsdomstol.⁴⁸ Ansökan om ogiltighet av avtal ska som huvudregel dock ha kommit in till rätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Efter denna frist kan talan inte längre prövas.⁴⁹ Om domstolen finner att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska avtalet dock få bestå, även om förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.

Domstol kan på talan av Konkurrensverket även besluta att en särskild *upphandlingsskadeavgift* ska betalas av den upphandlande myndigheten.⁵⁰ En sådan straffavgift ska beräknas till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor, dock inte högre än tio procent av kontraktsvärdet.⁵¹ Om ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska talan om obligatorisk upphandlingsskadeavgift väckas inom frist av sex månader räknad från lagakraftvunnen dom.⁵²

Yttrande

Regionen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Slutlig bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

För att bekämpa otillåten direkttilldelning, som av EU-domstolen betecknats som den allvarligaste överträdelsen av upphandlingslagstiftningen, har särskilt föreskrivits att medlemsstaterna ska se till att föra in effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner sin nationella lagstiftning samt se till att dessa verkligen efterlevs.

I Sverige råder en allmän tillitsprincip, att myndigheter inte förväntas agera i strid mot gällande bestämmelser och att eventuellt uppkommande handläggningsfel omgående rättas på eget initiativ av den berörda myndigheten. Lagstiftaren har hittills av detta skäl inte ansett det nödvändigt att annat än undantagsvis sanktionera myndigheters lag- och domstolstrots.

Av utredningen i ärendet framgår att Regionen tidigare har fått ett direkttilldelat avtal om köp av programvarulicensen SAM3001 ogiltigförklarat genom lagakraftvunnet beslut av domstol. Den beslutade ogiltigheten gäller retroaktivt (*ex tunc*) och innebär att hittills genomförda prestationer ska gå åter, så att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts därigenom kan återställas. I praktiken medför det att Regionen ska lämna tillbaka programvaran till IT-företaget, som i sin tur ska betala tillbaka alla ersättningar som företaget har erhållit från Regionen.

⁴⁶ Se prop. 2009/10:180 del I, avsnitt 10.3, ”Åtgärder mot domstolstrots”, s. 220 f.

⁴⁷ Den grundläggande rättsprincipen om *res judicata* medför att det ursprungligen ogiltigförklarade avtalet inte kan prövas två gånger. För att en sådan domstolsprövning ”återigen” ska anses möjlig måste det ha uppstått ett nytt avtal och därmed även en ny upphandling.

⁴⁸ 20 kap. 13 § LOU.

⁴⁹ 20 kap. 17 § LOU.

⁵⁰ 21 kap. 1 § första stycket 3 LOU.

⁵¹ 21 kap. 4 § LOU. I rättspraxis har dylika avgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde.

⁵² 21 kap. 2 § första stycket jämförd med samma kapitel 1 § punkten 2 LOU

Eftersom programvaran kan lämnas åter ogravrad bör det för IT-företaget inte ha uppkommit någon ersättningsgill motfordran som kvittningsvis behöver ersättas genom skadestånd.

Istället för att verkställa sådan återgång har parterna dock, kort efter domstolens dom, träffat ett nytt likalydande avtal om fortsatt användning av programvaran. I det nya avtalet har det införts en värdebegränsning på 615.312 kronor, som exakt på kronan ligger under gränsen för direktupphandling på grund av lågt värde.

Om en upphandlande myndighet väljer att trotsa domstols dom och – såsom i förevarande fall – vidmakthåller ett redan ogiltigförklarat avtalsförhållande uppkommer det ett nytt avtal och en ny upphandling, som enligt svensk rätt i sin tur kan göras till föremål för rättslig överprövning. Den svenska regleringen i LOU anses härigenom uppfylla unionsrättens krav på effektiva åtgärder mot domstolstrots.

Den vid tidpunkten för Avtalet aktuella lagbestämmelsen att en upphandlande myndighet inte behöver genomföra ett annonserat förfarande om kontraktsvärdet inte överstiger 28 procent av tröskelvärdet (615.312, 60 kronor) är tänkt att undantagsvis komma i fråga för enstaka anskaffningar av lågt värde. För att undvika missbruk av bland annat nu aktuellt slag har bestämmelsen kompletterats med en föreskrift om att vid värdebedömningen ska räknas in värdet av alla direktupphandlingar av samma slag som myndigheten har gjort under räkenskapsåret.

Regionen har den 29 augusti 2021, med retroaktiv giltighet från och med den 1 juli 2021, tecknat ett nytt avtal med IT-företaget för att ersätta det av domstolen ogiltigförklarade avtalet. Värdet av detta nya avtal har begränsats till att ligga precis på kronan under värdegränsen för lågt värde, då direktupphandling kan komma ifråga. Som Förvaltningsrätten kommit fram till talar bland annat detta för att Regionen syftat till att undvika en annonserad upphandling och att det nya avtalets egentliga kontraktsvärde kan överstiga denna värdegräns. Eftersom Regionen dock valt att inte verkställa återgång av det tidigare ogiltigförklarade avtalet ska även värdet av detta avtal läggas till grund för värdeberäkningen. Upphandlingens kontraktsvärde hamnar då över den värdegräns då direktupphandling inte längre är tillåten. Även det nya avtal som Regionen tecknat direkt med IT-företaget har således tillkommit i strid mot LOU, vilket även bekräftats vid prövning i domstol.

Ett förfarande på sätt som nu skett, där Regionen omedelbart efter lagakraftvunnen dom om avtalsogiltighet trotsar domstolens förordnande och tecknar ett nytt motsvarande avtal med samma leverantör är enligt Konkurrenskommissionen ägnat att allvarligt undergräva effektiviteten av LOU och de i lagen införda rättsmedelsbestämmelser som bland annat syftar till att motverka korruption i offentlig verksamhet. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Regionen för att återigen bryta mot lagen.

Regionen kommer till följd härav att tvingas betala upphandlingsskadeavgift – som är ett slags böter – med ett belopp motsvarande minst 7 procent av kontraktsvärdet eller i vart fall c:a 50.000 kronor.