

Avdelningen för tillsyn över offentlig upphandling
Ellen Hausel Heldahl
08-7001666
Ellen.Heldahl@kkv.se

Socialdepartementet
103 33 Stockholm

Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift t.o.m. september 2013

I juni 2012 tillskrev Konkurrensverket regeringen med anledning av Konkurrensverkets erfarenheter av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift, som infördes i lag i den 15 juli 2010 (dnr 381/2012). Denna skrivelse är en uppföljning av redovisningen av det senaste årets erfarenheter.

Konkurrensverket vill först och främst understryka att erfarenheterna av reglerna kring upphandlingsskadeavgift är överlag positiva i och med att de har medfört en ökad respekt för regelverket hos personer som har möjlighet att göra inköp för myndigheternas räkning. Därmed uppnås också syftet att den offentliga upphandlingen ska vara effektiv och rättssäker samt syfta till att tillvarata konkurrensen på marknaden så att skattemedlen används på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet.

Det finns dock en rad problem med tillämpningen av bestämmelserna, som föranleder Konkurrensverket att föreslå följande;

- en översyn av implementeringen av rättsmedelsdirektivets bestämmelser som medför att Konkurrensverket måste ansöka om upphandlingsskadeavgift enligt LOU och LUF 17 kap. 2 § första stycket bör ske,
- preskriptionsfristen enligt LOU och LUF 17 kap. 7 § andra stycket bör förlängas till två år,
- Konkurrensverket bör ges uttryckligt författningsstöd att ansöka om nedsättning av upphandlingsskadeavgiften vid självanmälan,
- Konkurrensverket bör ges möjlighet att vid vite inhämta upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter, samt

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

- att övergångsbestämmelser bör få en otvetydig tidsmässig tillämpning.
- Därutöver vill Konkurrensverket erinra om det förslag verket tidigare lagt fram i rapporten Osund konkurrens i offentlig upphandling, rapport 2013:6 om att i svensk lagstiftning införa sådana "Certificates of Independent Bidding" som rekommenderas av bland annat OECD.

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift

Reglerna om upphandlingsskadeavgift i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) trädde i kraft den 15 juli 2010. Enligt övergångsbestämmelserna gäller reglerna om upphandlingsskadeavgift för avtal som ingåtts denna dag eller senare.

Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Upphandlingsskadeavgift kan tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Strikt ansvar gäller.

En upphandlingsskadeavgift ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får emellertid inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 17 kap. 5 § LOU ska vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra upphandlande myndigheter avhåller sig från överträdelser. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. I förarbetena erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

Konkurrensverket måste i vissa fall ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift, en så kallad obligatorisk ansökan. En sådan skyldighet föreligger om en domstol vid en överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att avtalet får bestå trots att det har tecknats i strid med en avtalsspärr eller förlängd avtalsspärr, eller om en domstol vid en överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att avtalet rätteligen borde ha ogiltigförklarats, men att det får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.



Vid fall rörande en otillåten direktupphandling får Konkurrensverket själv avgöra om en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ske, en så kallad fakultativ ansökan.

Konkurrensverket får inte gå till domstol omedelbart efter att en otillåten direktupphandling har genomförts. Reglerna är utformade så att det för ett och samma avtal inte samtidigt ska kunna pågå mål om ogiltighet och mål om upphandlingsskadeavgift. Enligt huvudregeln har leverantörer sex månader på sig att ansöka om överprövning av direktupphandlade avtals giltighet, men i vissa situationer är leverantörers tidsfrist 30 dagar. I båda fallen räknas tiden från det att avtal slöts. Om ingen ansökan om ogiltighet görs av leverantör kan Konkurrensverket ansöka om utdömmande av upphandlingsskadeavgift först när sexmånadersfristen respektive 30-dagarsfristen har löpt ut.

En upphandlande myndighet eller enhet kan genom en så kallad frivillig förhandssyn annonsera om sin avsikt att upphandla utan föregående annonsering. Annonsen om förhandssyn ska publiceras på motsvarande sätt som sedvanliga upphandlingsannonser. Om ingen ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten innan den så kallade avtalsspärren har löpt ut, kan det direktupphandlade avtalet därefter inte bli föremål för överprövning. I dessa fall kan Konkurrensverket ansöka om upphandlingsskadeavgift efter avtalsspärrens utgång.

Konkurrensverkets arbete med upphandlingsskadeavgift

Fram till dags dato har Konkurrensverket ansökt om upphandlingsskadeavgift i 60 ärenden. Av dessa har 23 varit obligatoriska ansökningar och 37 fakultativa. I 31 fall har ansökningarna lett till lagakraftvunna domar. Konkurrensverket har, efter lagakraftvunna domar, till dags dato begärt in 3 035 000 kr i upphandlingsskadeavgift från upphandlande myndigheter och enheter. Konkurrensverket har för närvarande 18 mål liggande i förvaltningsrätter, 6 mål i kammarrätter och 5 mål har beviljats PT i Högsta förvaltningsdomstolen. Den sammanlagda yrkade upphandlingsskadeavgiften för dessa mål uppgår till ca. 45 miljoner.

Närmare om obligatorisk upphandlingsskadeavgift

Beträffande fallen rörande obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift är det Konkurrensverkets uppfattning att reglerna i 17 kap. 5 § 2 st. LOU rörande ringa fall samt eftergift vid synnerliga skäl, riktar sig till prövningsorganet, det vill säga förvaltningsdomstolen. Det finns således inte någon möjlighet för Konkurrensverket att själv underlåta att ge in ansökningar om upphandlingsskadeavgift oaktat att verket bedömer att det är fråga om en ringa överträdelse eller att det finns synnerliga skäl att efterge avgiften. Verket har utifrån denna utgångspunkt i några fall yrkat att upphandlande myndighet ska påföras en mycket låg upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverkets erfarenhet är att frågan om den upphandlande myndigheten fått tilldela avtalet genom en direkttilldelning inte alltid har utretts tillräckligt av domstolarna i de underliggande domarna. Detta kan möjligen bero på att domstolen ansett att avtalet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Konkurrensverkets mening är istället att det i vissa fall förelegat synnerlig brådska varför ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering varit tillåten. I de underliggande ogiltighetsmålen har det också förekommit att parterna inte förmått tillföra utredningen alla relevanta omständigheter, varför domstolen haft ett bristfälligt underlag för sin rättsliga bedömning.

Det bör påpekas att flera av domarna gällt fall där den upphandlande myndigheten har ansett sig tvingad att ingå ett avtal under pågående överprövningsprocess. Utöver att detta ånyo aktualiserar hur upphandlande myndigheter upphandlingsrättsligt ska agera i sådana fall bör det också påpekas att den upphandlande myndigheten då faktiskt har påbörjat annonserade förfaranden avseende de aktuella avtalen. Det har således inte rört sig om "typiska" otillåtna direktupphandlingar där den upphandlande myndigheten aldrig haft för avsikt att genomföra en annonserad konkurrensutsättning avseende avtalet. Konkurrensverket har också vägt in denna förmildrande omständighet i fastställandet av sina yrkanden.

I det obligatoriska upphandlingsskadeavgiftsärendet "Hörapparaterna" hade Landstingen Kronoberg, Blekinge och Halland annonserat en ny gemensam upphandling av hörapparater med tillbehör i november 2008. Det var nästan 9 månader innan det tidigare avtalet löpte ut, vilket var den 1 oktober 2009. Därefter följde ett stort antal överprövningsprocesser varav flertalet överklagades till kammarrätt. Först den 17 juni 2011 kunde upphandlingskontrakt tecknas mellan landstingen och antagna leverantörer. På grund av att det stora antalet överprövningsprocesser drog ut på tiden hann således landstingen inte sluta upphandlingskontrakt innan det tidigare avtalet löpte ut. Därmed nödgades landstingen att ingå temporära avtal under överprövningsprocesserna för att tillgodose landstingens behov av hörapparater och tillbehör. Dessa temporära avtal blev även de föremål för överprövning av dess giltighet. Kammarrätten fann att avtalen utgjorde otillåtna direktupphandlingar men tillät avtalen att bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Domen medförde att Konkurrensverket måste ansöka om upphandlingsskadeavgift i enlighet med LOU 17 kap. 2 § första stycket. Kammarrätten i Jönköping meddelade i dom 2013-09-12 att upphandlingen påbörjats innan de 15 juli 2010 varför det saknas lagliga möjligheter att påföra myndigheterna upphandlingsskadeavgift.

I det obligatoriska upphandlingsskadeavgiftsärendet mot PTS (Post- och telestyrelsen) var bakgrunden den att PTS annonserade en ny upphandling av bildtelefoni den 30 mars 2011 gällande driften från den 1 januari 2012 då det tidigare avtalet löpte ut. Även denna upphandling blev föremål för flera överprövningar och upphandlingskontrakt kunde tecknas först den 19 mars 2012.

Även i detta fall nödgades PTS ingå temporärt avtal under överprövningsprocessen vilket även det blev föremål för överprövning av dess giltighet. Domstolen fann att även här att avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling men tillät det bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmän intresse.

Det är Konkurrensverkets uppfattning att både vid landstingens upphandling av hörapparater och vid PTS upphandling av bildtelefoni har myndigheterna påbörjat sina upphandlingar en rimlig innan det tidigare avtalet löpte ut. Det framstår även som att myndigheterna haft full intention att följa upphandlingslagstiftningen och vidtagit omfattande åtgärder och resurser för att göra detta. Bland annat har de temporära avtalen varit begränsade i tid på så sätt att de skulle upphöra snarast efter att ett upphandlingskontrakt har slutits. Det är därför Konkurrensverkets uppfattning att det har förelegat förmildrande omständigheter varför Konkurrensverket i sin ansökan om upphandlingsskadeavgift yrkade på relativt låg upphandlingsskadeavgift. Det kan även tilläggas att för det fall dessa ärenden hade omfattats av de fakultativa reglerna torde dessa ärenden ha prioriterats bort till förmån för ärenden med betydligt allvarligare överträdelser.

Konkurrensverket har i sina ansökningar om upphandlingsskadeavgift framhållit att målet om upphandlingsskadeavgift inte ska innebära någon omprövning av de förhållanden som slagits fast i den överprövningsdom som föranlett ansökan. En sådan utgångspunkt kan motiveras ur flera aspekter – inte minst talar skyldigheten för Konkurrensverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift i dessa fall för att verket inte kan göra någon annan bedömning av överträdelsern än den domstolen har gjort i den underliggande domen. Om detta synsätt inte ska gälla kan processen angående upphandlingsskadeavgift komma att likna en resningsprocess av den lagakraftvunna domen i målet om överprövning, jfr Kammarrätten i Jönköpings domar, nr 635-12 samt nr. 1269–1271-13. I dessa mål efterlyser Konkurrensverket ett tydliggörande av rättskraftens positiva funktion. Oaktat att redovisade problemen med de underliggande domarna¹ kan påverka bedömningen av sanktionsvärdet har Konkurrensverket bedömt att sanktionsvärdet i de flesta fall inte hade motiverat verket att öppna ett tillsynsärende eller ansökt om upphandlingsskadeavgift om verket hade haft möjlighet att själv avgöra om så borde ske. Konkurrensverket anser därför att regeringen bör ge en utredning i uppdrag att göra en översyn över implementeringen av rättsmedelsdirektivet i syfte att finna en annan ordning för hur en alternativ sanktion ska utdömas för upphandlande myndigheter eller enheter där avtalet fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

¹ Se även målen Förvaltningsrätten i Stockholm, 19984-11, Tornberget Fastighetsförvaltning AB i Haninge, samt Förvaltningsrätten i Malmö, 11909 –11014-11, "Skånekommunerna".

Närmare om fakultativ upphandlingsskadeavgift

Preskriptionsfristen

Konkurrensverket har hittills öppnat sammanlagt 244 diariet förda ärenden och avskrivit 156 diariet förda ärenden. För närvarande, dvs. september 2013, finns 50 pågående utredningar om fakultativ upphandlingsskadeavgift. Den vanligaste orsaken till att ett ärende inte öppnas eller sedermera avskrivs är att ärendet är preskriberat, dvs. avtalet som har ingåtts med leverantören är äldre än ett år, eller att avtalet inom kort kommer att preskriberas och således inte kan utredas tillräckligt väl innan preskriptionstiden. Många otillåtna direktupphandlingar undgår därför Konkurrensverket ingripanden. Därtill bör noteras att vissa ärenden är så utredningstunga, dvs. komplicerade, att ärendet inte hunnit bli färdigutrett innan preskriptionsfristen förfaller. Exempel på komplicerade ärenden är när bestämmelserna om undantag på grund av tekniska skäl eller kompletterande leveranser är applicerbara. Konkurrensverket har då att välja mellan att lägga ner ärendet eller skicka in ansökan till förvaltningsrätten innan ärendet är färdigutrett. Båda scenarierna är otillfredsställande.

Det finns således många otillåtna direktupphandlingar som Konkurrensverket får kännedom om men som bortprioriteras direkt eller avskrivs efter utredning på grund av den korta preskriptionsfristen. Flera av fallen är både graverande och rör stora belopp. Den korta preskriptionsfristen, om ett år, förhindrar också Konkurrensverket att arbeta på ett mer strukturerat och planerat sätt eftersom det blir bråttom att snabbt utreda de tips som kommer in innan de hinner preskriberas. Det vore önskvärt att i större utsträckning kunna titta på strukturer i branscher eller inom vissa områden, eftersom ett sådant arbete kan ha en större allmänpreventiv effekt. Av de problem som finns med tillämpningen av regelverket är således preskriptionsfristen det största. Konkurrensverket skulle därför vilja se att preskriptionsfristen förlängdes till två år. En tvåårig preskriptionsfrist skulle utgöra är en väl avvägd balans mellan den upphandlande myndighetens behov av att kunna "lägga bakom sig gamla överträdelser" och det allmännas intresse av att Konkurrensverket på ett effektivt sätt kan genomföra sitt uppdrag att bedriva allmänpreventivt arbete för att förhindra otillåtna direktupphandlingar.

Avgiftens storlek

Ramarna för avgiftens storlek framgår enligt 17 kap. 4 § LOU. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. De bör därför föranleda kännbara sanktioner. Vid otillåtna direktupphandlingar av normalgraden bör avgiften enligt verket bli sju till åtta procent av avtalets värde. Denna åsikt har hittills vunnit gehör hos majoriteten av domstolarna.

Under 2013 kontaktades Konkurrensverket av en upphandlande myndighet som informerade om att den tilldelat kontrakt genom otillåtna direktupphandlingar.

På så vis informerades Konkurrensverket om lagöverträdelser vid en tidpunkt när verket saknade kännedom därom och således inte haft anledning att på egen hand initiera något ärende avseende upphandlingsskadeavgift. Enligt Konkurrensverket uppfattning bör en sådan "självanmälan" från en myndighet medföra att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till ett lägre belopp än vad som annars hade varit fallet. Den talan om upphandlingsskadeavgift som verket väckte avsåg därför ett yrkat belopp som motsvarar 3,4 procent av kontraktsvärdet. Till dags dato har dom inte meddelats i målet.

Konkurrensverket anser att det på motsvarande sätt som för konkurrensskadeavgift bör ges ett uttryckligt författningsstöd nedsättning av upphandlingsskadeavgiften vid självanmälan, samt att Konkurrensverket ges uttryckligt stöd för att meddela föreskifter om hur sådant ska hanteras.

Möjlighet att förena förelägganden att inkomma med uppgifter vid vite

Konkurrensverket har enligt nuvarande reglering i 18 kap. 4 § LOU respektive LUF och LUF S möjlighet att förelägga upphandlande myndigheter och enheter, eller de som kan antas vara detta, att lämna uppgift eller att visa upp en handling om det behövs för att tillsynsverksamheten ska kunna utövas. Mot bakgrund av att det för närvarande saknas sanktioner att tillgripa mot myndigheter och enheter som underlåter att följa ett sådant föreläggande efterfrågar Konkurrensverket en befogenhet att vid vite kunna förelägga upphandlande myndigheter och enheter att inkomma med upplysningar och handlingar som är nödvändiga för verkets tillsyn. Att kunna rikta sådana vitesförelägganden mot myndigheter och enheter skulle påtagligt förstärka Konkurrensverkets möjligheter att utöva en effektiv tillsyn.

Övergångsbestämmelserna

Enligt övergångsbestämmelsen till 2010 års ändringar gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. En upphandling 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. När det gäller otillåten direktupphandling får enligt förarbetsuttalandena, en sådan anses påbörjad först när avtalet har slutits om inte myndigheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

I tre ärenden har frågan om hur dessa övergångsbestämmelser ska tolkas varit föremål för domstolens prövning. Domstolarnas tolkning av övergångsbestämmelserna har spretat. I ärendena Akademiska Hus och Sigtuna kommun konstaterade förvaltningsrätten att bolaget respektive kommunen hade påbörjat ett förfarande enligt lagen före den 15 juli 2010, medan man i ärendet rörande Migrationsverket ansåg att kontraktsdatumet skulle utgöra grund för bedömning av övergångsbestämmelserna. Frågan om övergångsbestämmelsernas

tolkning kom att avgöras av HFD i målet Konkurrensverket ./ Migrationsverket, mål 5766-12, 17 maj 2013. Konkurrensverket förlorade målet och återkallade därefter övriga mål där frågan om övergångsbestämmelserna aktualiserats. Konkurrensverket förlorade, så sent som i september 2013, ytterligare tre mål i Kammarrätten i Jönköping med hänvisning till övergångsbestämmelserna².

Högsta förvaltningsdomstolen angav i domen att den tidpunkt när en upphandling anses påbörjad sammanfaller med tidpunkten när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. 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 till exempel inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats.

Konkurrensverket anser att det är av mycket stor vikt att rättsmedelsreglerna i LOU och LUF får en otvetydigt tidsmässig tillämpning. Den nuvarande lagens utformning har, på grund av vad som endast förefaller vara en lagteknisk brist, medfört svårigheter för tillsynsmyndigheten att ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling. Det är således av stor praktisk vikt att framtida ändringar i regelverket ges en tydligare och mer ändamålsenlig temporär utformning.


Dan Sjöblom


Ellen Hausel Heldahl

Kopia till: Näringsdepartementet

² Kammarrätten i Jönköping, mål nr. 1269—1271-13.