

PM 2 2015-03-10 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om en kommuns domstolstrots vid beslutad ogiltighet av avtal.**

*Stockholms stad har förklarat sig inte behöva genomföra erforderlig verkställighet av dom om ogiltighet av ett varuavtal som ingåtts i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling.*

Stockholms stad (nedan Staden) ingick den 9 juni 2014 avtal direkt med det privata företaget Bryggkompaniet i Mälardalen AB (nedan Bryggkompaniet) om köp av pontonbryggor med hopp-torn och klätterställningar m.m. för totalt 1.942.701 kronor exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).<sup>1</sup> Avtalet (nedan Citybadsavtalet), avsåg nyanläggning av en flytande badanläggning vid Årstaviken i Stockholm, och hade inte föregåtts av något annonserat upphandlingsförfarande. Anläggningen levererades och installerades i början av juli 2014.

I dom av den 4 november 2014 beslutade Förvaltningsrätten i Stockholm, med stöd av de direktivstyrda bestämmelserna om offentlig upphandling, att Citybadsavtalet mellan Staden och Bryggkompaniet är ogiltigt eftersom det har slutits direkt mellan parterna utan iakttagande av kravet på annonsering (se vidare nedan). Domen har vunnit laga kraft.<sup>2</sup>

Av en företrädare för Staden kommenterades förvaltningsrättens avgörande med att det vid den aktuella tidpunkten redan fanns ett upphandlat ramavtal mellan Staden och Bryggkompaniet, men att detta ramavtal avsåg båt-bryggor och inte badbryggor och att detta föranlett en missuppfattning inom förvaltningen.<sup>3</sup>

Av den utredning om Citybadsavtalet som tidigare genomförts av Konkurrenskommissionen<sup>4</sup> framgår emellertid att något sådant tidigare av Staden upphandlat ramavtal som avser köp av båt-bryggor överhuvudtaget inte förelåg vid tidpunkten för Citybadsavtalet.<sup>5</sup> Det enda avtal som Staden hade med Bryggkompaniet var ett *tjänsteavtal* för löpande underhållsarbeten. Enligt detta avtal var det varken möjligt att genomföra avrop av båt-bryggor eller badbryggor. Vid sin rättsliga bedömning under kände förvaltningsrätten Stadens påstående om förväxling. Av domskälen framgår bl.a. följande.

*”Staden har, såsom det får förstås, gjort gällande att avrop skett från befintliga ramavtal. Parterna i ett ramavtal får inte göra några väsentliga avvikelser från villkoren i ramavtalet, se 5 kap. 2 § andra stycket LOU. Det finns med andra ord ingen möjlighet att t.ex. teckna kontrakt för produkter som inte omfattas av det bakomliggande ramavtalet. Ramavtalet mellan Staden och Bryggkompaniet avser underhållsarbeten på fasta bryggor, pontoner och förtöjningar för båtsporten i Stockholm. Det avtal som nu prövas rör anläggningen av ett citybad och omfattas därmed inte, enligt förvaltningsrättens bedömning, av ramavtalet”.*

<sup>1</sup> Citybadsavtalet avser leveranser till ett värde av totalt 1.942.701 kronor (exklusive moms), varav 1.689.050 kronor avser leverans av varor och 253.651 kronor hänför sig till anknäytande monterings- och installationsarbeten, innefattande: transport av pontoner (90.000 kr), sjösättning av betongpontoner (41.940 kr), transport av förankringsmaterial (18.711 kr) samt bogsering och utläggning av pontoner, inklusive montering och tillbehör (103.000 kr); totalt således 253.651 kronor exklusive moms.

<sup>2</sup> Se Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 4 november 2014 i mål nr. 16293-14 jämte lagakraftbevis av den 17 februari 2015.

<sup>3</sup> Se bl.a. SVT/ABC-nytt, ”Köpet av Citybadet ogiltigt” den 10 november 2014.

<sup>4</sup> Konkurrenskommissionens tidigare utredning och slutliga bedömning av den 16 juni 2014 i ärende KKO 14-017.

<sup>5</sup> Av Konkurrenskommissionens ovan angivna utredning framgår att Staden senare upphandlat och slutit ramavtal med Bryggkompaniet som även omfattar köp av pontonbryggor (nedan Pontonavtalet). Beslut om tilldelning i denna ”Upphandling av pontoner för båtsporten i Stockholm” fattades den 26 juni 2014 och kontrakt tecknades den 15 och 24 juli 2014 (dnr. 125/196/2014). Pontonavtalet tecknades således mer än en månad efter Citybadsavtalets tillkomst (den 9 juni 2014) och har därmed inte kunnat ligga till grund för beställning enligt Citybadsavtalet. Vidare innefattar Citybadsavtalet och Pontonavtalet väsentligen olika priser och övriga villkor. Exempelvis har Staden enligt Citybadsavtalet betalat vardera 182.790 kronor för tre betongpontonbryggor med måtten: 20,0 x 3,0 x 0,95 meter inklusive anknäytande vajerkoppel, frakt och sjösättning. Hade Staden istället avropat samma bryggor enligt Pontonavtalet skulle priset ha varit 121.502 kronor per styck. Priset för de aktuella bryggorna är enligt Citybadsavtalet således (61.288 kr / 121.502 kr ≈) 50,4 procent eller (548.370 – 364.506 =) 183.864 kronor dyrare jämfört med Pontonavtalet. De övriga produkter som har beställts genom Citybadsavtalet – betongpontonbryggor med andra mått jämte anknäytande anläggningar som landgångar, hopp-torn, klättervägg och räcken m.m. – kan överhuvudtaget inte avropas enligt Pontonavtalet eller något annat av Staden upphandlat ramavtal.

Efter förvaltningsrättens dom har Idrottsförvaltningen samrått med stadsledningskontorets juridiska avdelning i frågan. Av en inom förvaltningen upprättad tjänsteanteckning<sup>6</sup> framgår bl.a. följande.

*”Vid möte den 21 november 2014 [...] informerades förvaltningschefen [vid Idrottsförvaltningen] om att [Bryggkompaniet] vid kontakt har förklarat att företaget inte är intresserat av att återfå badanläggningen. [nytt stycke] Vidare informerades om att samråd har ägt rum med stadsledningskontorets juridiska avdelning angående rättsverkningarna av ogiltigförklaring av avtal och möjligheten att vidta rättelse. Juridiska avdelningens bedömning är att idrottsförvaltningen inte är skyldig att återbörda badanläggningen. Något uttryck för en skyldighet att montera ned en redan uppförd anläggning finns inte i förarbetena till lagen om offentlig upphandling. [nytt stycke] Förvaltningschefen meddelade att mot bakgrund av denna information avvaktas vidare åtgärder”.*

Trots lagkraftvunnen dom om ogiltighet av avtal har Staden hittills, såvitt kunnat utredas, heller inte vidtagit några verkställighetsåtgärder för att återlämna citybadets brygganläggning till Bryggkompaniet eller på annat sätt återställa förmögenhetsläget mellan parterna.

### 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 kommunalt självstyre, men att den ska utövas under lagarna. Med bestämmelsen avses att folkstyret är underkastad lagens band. Kravet på att all maktutövning ska vara lagbunden gäller alla offentliga organs verksamhet, såväl kommunala församlingar som riksdagen. Dessa är således vid utövande av sin beslutanderätt skyldiga att iaktta i första hand grundlagarnas föreskrifter men även övriga lagbud så länge dessa är gällande.<sup>7</sup>

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 om att den offentliga förvaltningen ska iaktta saklighet och opartiskhet gäller också för kommunerna samt att kommunerna dessutom alltid ska iaktta regeln i 1 kap. 1 § RF om att den offentliga makten utövas under lagarna.

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

Svenska kommuner är således rättsligt underordnade dels av riksdagen beslutad lagstiftning eller andra författningar som grundas i lag eller som följer regeringens s.k. restkompetens<sup>8</sup> dels sådana för kommunen bindande, konkreta domstolsavgöranden som avser tillämpningen av lag eller annan författning.

Som svensk lag eller annan författning gäller även gällande fördrag<sup>9</sup> och övriga rättsakter, avtal samt andra beslut som löpande antas av Europeiska unionen, däribland Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) jämte vid varje tidpunkt gällande unionsrättsliga förordningar och direktiv samt EU-domstolens löpande avgöranden.<sup>10</sup> Nu av intresse, ifråga om otillåten direkttilldelning vid offentlig upphandling, är framförallt Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. *klassiska upphandlingsdirektivet*) samt direktiven (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

<sup>6</sup> Se prop. 2009/10:180, del 1, s. 136 f. samt SOU

<sup>7</sup> Se Petrén, Ragnemalm, Sveriges grundlagar, Publica, specialkommentaren till 1 kap. 1 § RF.

<sup>8</sup> Avseende regeringens s.k. restkompetens se 8 kap. 13 § RF.

<sup>9</sup> De s.k. EU-fördragen, eller 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.

<sup>10</sup> Se lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

anläggningsarbeten (*första rättsmedelsdirektivet*) respektive (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*). Dessa har kommit att genomföras i svensk nationell rätt genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.

I skäl<sup>11</sup> 13 och 14 till ändringsdirektivet redogörs närmare för syftet med och innehållet i bestämmelserna om ogiltighet vid otillåten direkttilldelning. Av dessa framgår följande.

*”(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.”*

Dessutom följer av artiklarna 2d.1 och 2d.1b ändringsdirektivet att ”[m]edlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan, om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG”.

Rättsföljden enligt ändringsdirektivet av att avtal anses vara ogiltigt ska jml. art. 2d.2 första stycket bestämmas i nationell lagstiftning. Enligt andra stycket, samma bestämmelse, får det därför i nationell lagstiftning föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter (*ex tunc*).<sup>12</sup> Det är alltså fråga om ett rent civilrättsligt ingripande genom ursprunglig ogiltighetsverkan mellan parterna (även kallat *avtalsnullitet*)

Bestämmelsen har för svenskt vidkommande genomförts i (numera)<sup>13</sup> 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Därav följer att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 § samma lag. Av lagförarbetena, prop. 2009/10:180, s. 136 f., framgår att det svenska genomförandet avser retroaktiv ogiltighet (*ex tunc*).

I propositionen (s. 187 -188) anges vidare att s.k. otillåten direktupphandling ses inom EU som en av de mest allvarliga överträdelserna av direktiven om upphandling. Regeringen anför att den vid ett flertal tillfällen uppmärksammats på att (de då gällande) bestämmelserna i LOU och LUF inte medfört tillräckligt effektiva sanktioner mot otillåten direkttilldelning. Bland annat genom den granskning som Riksdagens revisorer utfört på uppdrag av Riksdagens finansutskott<sup>14</sup>, där revisorerna beträffande otillåten direktupphandling bl.a. påtalat att det inte fanns några effektiva sanktioner mot sådana upphandlingar som gjordes vid sidan av lagen. Vidare, anger regeringen, att Konkurrensverket har påtalat otillåten direktupphandling som en av de vanligaste och allvarligaste överträdelserna av LOU samt att de (då gällande) svaga sanktionsreglerna bidrog till att många

<sup>11</sup> Anges även som beaktandesatser.

<sup>12</sup> Enligt bestämmelsen får alternativt föreskrivas en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts (*ex nunc*). I så fall ska medlemsstaten även föreskriva tillämpning av andra effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner, såsom exempelvis att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter (se art. 2e.2).

<sup>13</sup> Bestämmelsen i 16 kap. 13 § kom att byta ordningsnummer i samband med en lagändring 2011:1030. Tidigare numrering var 16 kap. 15 § LOU, vilken lagförarbetena bl.a. utgår från.

<sup>14</sup> Riksdagens revisorer, rapporten Offentlig upphandling (1997/98:3).

myndigheter inte tog upphandlingsreglerna på allvar.<sup>15</sup> Dessutom, framhåller regeringen, att den dåvarande Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i en rapport från 1999 analyserat några av upphandlingens problemområden.<sup>16</sup> Den enligt rapporten i särklass mest förekommande påtalade bristen i regelefterlevnad var otillåten direkttilldelning. Av de domstolsavgöranden som ingick i rapportens kartläggning och som avsåg överprövning av påstådd otillåten direkttilldelning innefattade knappt hälften prövning i sak. Anledningen därtill var enligt NOU oftast att upphandlingen var avslutad vid beslutstillfället och att domstolen därför var förhindrad att pröva målet ytterligare. Ett fåtal av domstolsavgörandena i kartläggningen utgjordes av skadeståndsmål. Inte i något fall hade enligt rapporten skadestånd dömts ut. Till NOU hade framförts uppfattningen att vetskapen om avsaknaden av rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar har spritt sig bland upphandlande myndigheter och enheter. Nämnden bedömde i rapporten att det förelåg en risk för att vissa av dessa skulle välja att göra otillåten direkttilldelning hellre än att riskera invändningar mot en formellt utlyst och genomförd upphandling.

Detta föranledde regeringen att lämna förslag på de lagändringar i fråga om bl.a. sanktioner mot otillåten direkttilldelning som numera har införts i 16 kap. 13 § LOU.<sup>17</sup> Enligt denna bestämmelse ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt bl.a. 7 kap. 1 § LOU. Av specialmotiveringen<sup>18</sup> framgår bl.a. 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 förpliktelserna 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 om ogiltighet har tillämpats i vägledande rättspraxis (HFD 2012 ref. 27), där Högsta förvaltningsdomstolen uttalade bl.a. 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. Till detta kommer den rätt till skadestånd som kan tillkomma leverantör, oavsett om denne är avtalspart eller inte”.*

Syftet med sanktionen vid ogiltighet av avtal är att genom återgång av prestationerna återskapa det behov som har föregått den otillåtna direkttilldelningen och att på detta sätt möjliggöra för den upphandlande myndigheten att på nytt kunna genomföra ett annonserat upphandlingsförfarande med iakttagande av bestämmelserna i LOU. Det är enbart undantagsvis, för de fall där en återgång av prestationerna inte längre är möjlig, som en återgång kan bero.

Den upphandlande myndigheten har i dessa fall dock att se till att återställa förmögenhetsläget som det gällde mellan parterna innan det ogiltiga avtalet slöts. Detta kan enligt lagförarbetena ske genom att parterna utger ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Se Konkurrensverkets remissyttrande av den 16 februari 1998 (dnr. 301/97-22) över Riksdagens revisorers ovan redovisade rapport Offentlig upphandling (1997/98:3).

<sup>16</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU), rapport av den 19 augusti 1999 (dnr 52/99-28). Rapporten hade utarbetats på uppdrag av den dåvarande Upphandlingskommittén.

<sup>17</sup> Se prop. 2009/10:180, del 1, s 188-189.

<sup>18</sup> Prop. 2009/10:180, del 1 s. 361 (nederst).

<sup>19</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 136, 225 f. och 361 f.

Värderingen ska ske utifrån en skälighetsbedömning där även frågan om leverantören har varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse ska kunna beaktas. Som huvudregel är det enbart leverantörens nedlagda kostnader som kan ersättas.<sup>20</sup> Den del av betalningen som hänför sig till handelsvinst eller täckningsbidrag för leverantörens fasta kostnader bör däremot som regel inte kunna medföra rätt till ersättning även om någon återgång av varorna/tjänsterna inte är längre är möjlig.

Vidare ska, enligt art. 2.8 ändringsdirektivet, medlemsstaterna se till att beslut som fattas av behöriga nationella prövningsorgan kan *verkställas effektivt*. För detta svarar medlemsstaternas myndigheter jml. den s.k. lojalitetsprincipen i art. 4.3 Fördraget om Europeiska unionen (FEU), enligt vilken staterna är förpliktade att lojalt genomföra och tillämpa gällande unionsrätt.

Av avsnittet 10.3, ”Åtgärder mot domstolstrots”<sup>21</sup> framgår i propositionen att regeringen från olika håll informerats om att upphandlande myndigheter i vissa fall valt att inte följa domstolarnas avgöranden i mål om överprövning samt att det erfordrades möjligheter till ingripande mot sådant agerande. I en rapport<sup>22</sup> från Riksrevisionen uttalas bl.a. att det var en påtaglig brist i lagstiftningen att inga sanktioner utgick mot offentligt ägda bolag som döms att göra om sina upphandlingar, men som ändå väljer att inte följa domstolarnas beslut. I sitt remissvar på slutbetänkandet från 2004 års upphandlings-utredning<sup>23</sup> påtalade Riksrevisionen det som en brist att utredningen inte behandlade frågan om de fall av domstolstrots som förekommit i upphandlingsmål. Med anledning av vad som framkommit i granskningen av offentlig upphandling kunde det, enligt Riksrevisionen, finnas skäl för regeringen att överväga hur väl den svenska lagstiftningen uppfyller rättsmedelsdirektiven inom upphandlingsområdet. Det gäller, anförde Riksrevisionen, främst de krav som innebär att medlemsländerna är skyldiga att införa bestämmelser som garanterar att domstolarnas beslut följs.

Även Stockholms Handelskammare har i en rapport<sup>24</sup> påtalat att det är oacceptabelt att domstolstrots tillåts fortgå utan att det åtföljs av sanktioner samt att avsaknaden av dylika sanktioner torde vara i strid med rättsmedelsdirektiven och unionsrätten.

Vidare har Riksdagens ombudsmän (JO) i samband med utredning av domstolstrots vid offentlig upphandling påtalat behovet av ytterligare sanktionsmöjligheter samt särskilt tillskrivit regeringen i denna fråga. I ett av dessa ärenden,<sup>25</sup> som avsåg domstolstrots i samband med direkttilldelning av ett avtal för driften av ett kommunalt badhus<sup>26</sup> uttalade JO bl.a. följande.

*”NOU har [i yttrande]<sup>27</sup> med hänvisning till [...] rättsmedelsdirektiven och avgöranden i EG-domstolen anført att det i Sverige synes finnas brister i lagstiftningen när det gäller sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden. Även om jag anser att frågan huruvida Sverige har brutit i sina skyldigheter att införliva direktiven inte är av betydelse för bedömningen av kommunens agerande i detta ärende kan jag konstatera att mer ingripande sanktioner inte kan bli aktuella i fall som det förevarande. Som nämnts har jag också i ett tidigare ärende funnit att en kommun trotsat ett domstolsavgörande i ett mål enligt LOU. Jag kritiserade kommunen men fann liksom i detta ärende inte förutsättningar att driva saken vidare. Mina erfarenheter talar för att finns ett behov av ytterligare sanktionsmöjligheter på området. Jag översänder därför en kopia av detta beslut till Regeringskansliet, Finansdepartementet”.*

<sup>20</sup> I propositionen 2009/10:180, del 1, s 225. . anges som exempel på skadestådsgrundande kostnader att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid samt kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. Vidare anges att i vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen.

<sup>21</sup> Se prop. 2009/10:180, del 1, s. 219 ff.

<sup>22</sup> Riksrevisionen, rapporten Statliga bolag och offentlig upphandling (RiR 2006:15).

<sup>23</sup> Se Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004: Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28).

<sup>24</sup> Stockholms Handelskammare, rapporten Åtgärder för en effektivare offentlig upphandling (2008:2).

<sup>25</sup> Se även Konkurrenskommissionen tidigare utredning av samma sak i ärende nr. KKO 05-013.

<sup>26</sup> Riksdagens ombudsmän (JO), beslut av den 29 juni 2007, dnr 3006-2005 (*Upplands Väsby kommun*). Se även beslut av den 19 november 2007, dnr 1282-2007 (*Ydre kommun*).

<sup>27</sup> Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande av den 12 december 2006 (dnr 2006/0114-29) ang. Upphandlande enhets skyldighet att följa domstols avgörande i mål om överprövning enligt LOU om civilrättsligt bindande avtal föreligger. Yttrandet hade utarbetats på anmodan av Riksdagens ombudsmän med anledning av JO-ärendet 3006-2005.

I propositionen<sup>28</sup> uttalar regeringen att det givetvis är högst otillfredsställande att en upphandlande myndighet väljer att inte följa ett domstolsavgörande och anför att förslaget till den nu införda bestämmelsen i 16 kap. 13 § LOU om ogiltighet av avtal syftar till att förbättra regelefterlevnaden vid offentlig upphandling och att öka möjligheterna för effektiva ingripanden vid överträdelser av upphandlingsbestämmelserna. Unionsrättens krav enligt rättsmedelsdirektivet på att medlemsstaterna ska se till att domstolars avgöranden verkligen följs får enligt regeringen därmed anses vara uppfyllt.

Vid otillåten direkttilldelning kan allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket besluta att en särskild straffavgift, kallad *upphandlingsskadeavgift*, ska betalas av en upphandlande myndighet som utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU slutit avtal med en leverantör. Den aktuella straffavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.<sup>29</sup> I rättspraxis har upphandlingsskadeavgifter som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktsvärde<sup>30</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>31</sup>

#### Yttrande

Staden har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att Staden inte har utrymme att avsätta resurser för att bemöta innehållet i promemorian och därför avstår från att inkomma med ett yttrande i ärendet.

#### 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.

Av utredningen framgår att Staden genom Citybadsavtalet har köpt pontonbryggor och annan utrustning direkt från Bryggkompaniet utan iakttagande av lagens krav på annonsering. Något annat av Staden upphandlat avtal som skulle kunna ge möjlighet till avrop av båt- eller badbryggor fanns inte vid tidpunkten för Citybadsavtalet. En sådan möjlighet till missförstånd eller sammanblandning mellan båtbyggeavtal och badbyggeavtal som företrädare för Staden sökt göra gällande i bl.a. media har därmed, såsom förvaltningsrätten påpekat, aldrig förelegat.

Mot denna bakgrund och med stöd av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU har Förvaltningsrätten i Stockholm beslutat ogiltigförklara Citybadsavtalet. Beslutet har vunnit laga kraft och gäller med retroaktiv verkan som en s.k. *avtalsnullitet*.

Som framgår av redovisningen har EU-domstolen betecknat otillåten direkttilldelning som den allvarligaste överträdelserna av gemenslagslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet kan begå. Unionslagstiftarna har därför i direktiv förelagt medlemsstaterna att införa effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner, för vilka de nationella myndigheterna

<sup>28</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 220 (mitten).

<sup>29</sup> Från rättspraxis kan exempelvis nämnas att Förvaltningsrätten i Malmö funnit anledning att även räkna in en avtalad med icke utnyttjad förlängningsoption vid kontraktsvärdesberäkningen av underlaget för upphandlingsskadeavgift – se dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12 E.

<sup>30</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

<sup>31</sup> Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 30 oktober 2014 i mål nr. 7121-13, ännu inte publicerad i HFD.

även har att garantera efterlevnaden. För svenskt vidkommande har detta medfört att den nu aktuella bestämmelsen om retroaktiv ogiltighet av avtal kommit att införas i 16 kap. 13 § LOU. Bestämmelsen infördes med det av lagstiftaren klart uttalade syftet att därigenom förbättra regelefterlevnaden vid offentlig upphandling och öka möjligheterna för effektiva ingripanden vid överträdelser av upphandlingsbestämmelserna. Unionsrättens krav på effektiva rättsmedel ansågs därigenom vara uppfyllt.

Av lagförarbetena till de nu aktuella rättsmedelsbestämmelserna i LOU framgår att en beslutad retroaktiv ogiltighet av avtal i första hand ska medföra återgång av prestationerna. Om detta inte kan ske ska istället parternas förmögenhetssituation återställas till hur den var innan avtalet ingicks.

Det som stadsledningskontorets juridiska avdelning påstår ha uppgivit om att idrottsförvaltningen inte är skyldig att återbörda badanläggningen är således felaktigt. Även om anläggningen numera har levererats och installerats på plats i Årstaviken finns det ingenting som hindrar att den monteras ned och återlämnas till Bryggkompaniet. Härigenom skulle Stadens behov återställas till hur det var innan det nu aktuella beslutet om otillåten direkttilldelning. Den omständigheten att Bryggkompaniet uppgett sig inte vara intresserat av att återfå badanläggningen kan inte medföra annan bedömning.

Vid detta förhållande ankommer det på Staden att verkställa förvaltningsrättens lagakraftvunna dom genom att lämna tillbaka citybadsanläggningen samt att från Bryggkompaniet återkräva hittills erlagd betalning. Staden kan därefter låta genomföra en lagenlig upphandling, om det fortfarande föreligger ett behov av utomhusbad i Årstaviken. Bryggkompaniet eventuella rätt till ersättning för den merkostnad som Staden olagliga hantering kan ha orsakat företaget får bedömas i annan ordning, och utifrån skadeståndsrättsliga principer där bl.a. företagets medvållande och goda eller onda tro beaktas. Staden riskerar även att, på talan av Konkurrensverket, dömas till att betala en upphandlingsskadeavgift på uppskattningsvis c:a 136.000 kronor.

Om Staden vidhåller sitt domstolstrots riskerar detta medföra att Sverige dras inför EU-domstolen med anklagelse om bristande efterlevnad eller genomförande av rättsmedelsdirektivets bestämmelser. Sverige riskerar i så fall att få betala dryga böter för fördragsbrott.