



KLAGANDE OCH MOTPART

Konkurrensverket

MOTPART OCH KLAGANDE

Göteborgs kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 17 oktober 2025 i mål nr 5550-25, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller Konkurrensverkets överklagande och ändrar förvaltningsrättens dom på så sätt att upphandlingskadeavgiften bestäms till 7 200 000 kr.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att upphandlingskadeavgiften bestäms till 7 200 000 kr och anför följande.

En betydande del av sådant som det allmänna anskaffar inom ramen för offentlig upphandling har allmännyttig och viktig karaktär. Om upphandlingsföremålet och syftet med en anskaffning ska utgöra förmildrande faktorer skulle det få en generell och avsevärd påverkan på upphandlingskadeavgiftens storlek i ett stort antal fall.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

En förutsättning för en ansökan enligt den nu aktuella bestämmelsen är att avtalet fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrättens beaktande av upphandlingsföremålet medför att kommunen får tillgodoräkna sig den tvingande hänsynen två gånger, både i ogiltighetsmålet och vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiften. Ett sådant synsätt medför att behovet av inköpet styr hur pass allvarlig en överträdelse bedöms vara. Det riskerar att sätta upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte ur spel för myndigheter som upphandlar för viktiga och grundläggande samhällsfunktioner. Otillåtna direktupphandlingar för sådana behov skulle då inte kunna beivras med vare sig ogiltighet av ingångna avtal eller upphandlingsskadeavgift med en storlek som motsvarar överträdelsens sanktionsvärde.

Möjligheten att låta ett avtal bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är en inskränkning i leverantörers rättsmedel och har därför förenats med en alternativ sanktion (i stället för ogiltighet) i form av obligatorisk upphandlingsskadeavgift. Mot bakgrund av kravet på effektiva och proportionerliga sanktioner för otillåtna direktupphandlingar saknas det stöd för att upphandlingsföremålet i sig ska ses som skäl för eftergift eller som en förmildrande omständighet vid fastställande av upphandlingsskadeavgift.

Kommunen har under lång tid före det nu aktuella avtalet ingått avtal med Tre Stiftelser om de aktuella tjänsterna utan föregående annonsering. Om det funnits ett behov av avtalet i avvaktan på en korrekt genomförd upphandling beror behovet på att kommunen varit alltför senfärdig med att genomföra en annonserad upphandling. Det finns inte någon extern faktor som inte är hänförlig till kommunen. Syftet med anskaffningen kan således, särskilt mot bakgrund av att anskaffningen under lång tid skett utan föregående annonsering, inte utgöra en förmildrande omständighet.

Göteborgs kommun yrkar att någon upphandlingsskadeavgift inte ska utgå på grund av att det finns synnerliga skäl för eftergift, alternativt rör sig om ett ringa fall. I andra hand yrkar kommunen att avgiften bestäms till ett lägre belopp än vad förvaltningsrätten har beslutat om. Kommunen anför följande.

Det är kommunens eget agerande, i kombination med en lång och komplex relation mellan kommunen och Tre Stiftelser, som har gjort att kommunen varit tvungen att direktupphandla för att inte riskera människors liv eller hälsa. Omständigheterna är ett typexempel på en situation där det inte föreligger synnerliga skäl för att direktupphandla men synnerliga skäl för eftergift. Det saknas stöd för att ett högt värde på upphandlingen utesluter eftergift. I detta fall är det snarare ett argument för att efterge avgiften. Upphandlingens höga värde är direkt kopplat till antalet hyresgäster och därmed till antalet personer vars liv och hälsa riskerades.

Konkurrensverket tillämpar en modell där myndigheten vid en otillåten direktupphandling låser sin bedömning till den övre delen av sanktionsskalan; alltså mellan 50–100 procent av maximal sanktion. Det saknas stöd för en sådan modell. Hela sanktionsskalan bör användas även vid otillåtna direktupphandlingar. Eftersom direktupphandlingen har varit motiverad av tvingande hänsyn till ett allmänintresse är sanktionsvärdet synnerligen lågt. Beaktas dessutom övriga förmildrande omständigheter torde resultatet vara ett sanktionsvärde som uppgår till som mest tio procent av maximal sanktion.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Är det fråga om ett ringa fall?

Kammarrätten konstaterar att behovet av att genomföra den aktuella upphandlingen beror på omständigheter som kommunen har kunnat förutse och påverka. Upphandlingen har vidare ett högt värde. Det är därför inte

fråga om ett ringa fall (jfr HFD 2014 ref. 49). Det finns därför grund för att ta ut avgift.

Finns det synnerliga skäl för eftergift?

Som framgår av förvaltningsrättens dom har det i förarbetena öppnats upp för att efterge avgiften i situationer som den nu aktuella, då myndigheten på grund av eget agerande har hamnat i en situation där den ansett sig tvungen att direktupphandla, exempelvis för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras. En förutsättning för eftergift är dock att det skulle framstå som orimligt eller stötande att besluta om upphandlingsskadeavgift.

I det aktuella fallet har inte bara behovet av den aktuella upphandlingen, utan även situationen som föranledde den, berott på kommunens eget agerande. Det har bland annat genom kommunens egna utredningar funnits klara indikationer på att relationen till Tre Stiftelser inte var förenlig med upphandlingslagstiftningen. I en sådan situation kan det enligt kammarrättens mening varken anses orimligt eller stötande att kommunen nu ska betala upphandlingsskadeavgift. Det finns därför inte synnerliga skäl för eftergift.

Hur stor upphandlingsskadeavgift motiverar överträdelsen?

Avgiftens storlek ska bestämmas med beaktande av samtliga relevanta omständigheter inom ramen för avgiftens avskräckande syfte (prop. 2009/10:180 s. 369–370).

Varken 21 kap. 5 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i dess lydelse före den 1 januari 2024, eller bestämmelsens förarbeten ger stöd för tolkningen att upphandlingsföremålet inte kan beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Tvärtom framgår av ovan redovisade förarbeten att domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter.

Avgiften i ett fall som det nu aktuella förutsätter dock att ett avtal fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I en sådan situation bör upphandlingsföremålet sättas i relation till andra tillfällen när ett avtal kan få bestå av sådana skäl. Vid en sådan jämförelse framstår intresset av att upprätthålla en obruten äldreomsorg inte som utmärkande. Upphandlingsföremålet i sig är därför inte en förmildrande omständighet i nuvarande fall.

Upphandlingen föranleddes av att kommunen sade upp ett tidigare avtal av den anledningen att det riskerade att utgöra en otillåten direktupphandling. Det nya avtalet tidsbegränsades. Även om kommunen kan ha agerat i syfte att försöka begränsa överträdelserna av upphandlingslagstiftningen är det inte en omständighet som kan påverka avgiften i sänkande riktning.

Som förvaltningsrätten har framhållit utgör upphandlingens stora värde och det faktum att det rör sig om en klar överträdelse försvårande omständigheter. Även den omständigheten att upphandlingen har föregåtts av en lång tid där den aktuella tjänsten inte har varit föremål för annonserad upphandling talar för ett högt sanktionsvärde.

Enligt kammarrättens bedömning överväger de försvårande omständigheterna i målet klart de förmildrande. Upphandlingsskadeavgiften ska därför bestämmas till ett belopp i den övre delen av det tillämpliga intervallet, vilket i målet är mellan 10 000 kr och 10 000 000 kr.

Konkurrensverket har yrkat att avgiften ska bestämmas till 7 200 000 kr vilket framstår som väl avvägt. Konkurrensverkets överklagande ska därför bifallas och förvaltningsrättens dom ändras på så sätt att upphandlingsskadeavgiften bestäms till 7 200 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-01).

I avgörandet har deltagit kammarrättslagmannen Petter Classon (ordförande), kammarrättsrådet Karin Johansson (referent) och tf. kammarrättsassessorn Rebecka Björn.

Föredragande har varit kammarrättsfiskalen Jakob Martna.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM
2025-10-17
Meddelad i Göteborg

Mål nr
5550-25

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Göteborgs kommun

SAKEN
Upphandlingskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar Förvaltningsrätten att Göteborgs kommun ska betala en upphandlingskadeavgift om 5 000 000 kr.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

BAKGRUND

Göteborgs kommun (kommunen) och Tre Stiftelser ingick den 22 december 2023 ett vårdavtal med innebörden att Tre Stiftelser ska fortsätta att tillhandahålla äldreomsorgsplatser åt kommunen under en övergångsperiod.

Förvaltningsrätten i Göteborg har i lagakraftvunna avgöranden den 11 oktober 2024 i mål nr 3497-24 och 5644-24 funnit att ovan nämnda avtal utgör en otillåten direktupphandling men fastställt att ingått avtal mellan kommunen och Tre Stiftelser får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

ANSÖKAN M.M.

Konkurrensverket ansöker nu om att kommunen ska betala 7 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift med anledning av att avtalet den 22 december 2023 med Tre Stiftelser har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ansökan med dess skäl framgår av bilaga 1.

Kommunen anser att avgiften ska efterges alternativt sättas ned till ett belopp i den nedre delen av sanktionsskalan. Kommunen anför i huvudsak följande. Vid en bedömning av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska samtliga relevanta omständigheter beaktas. Härvid bör särskilt beaktas att överträdelsen är resultatet av en komplex relation mellan kommunen och Tre Stiftelser och ett därpå svårbedömt rättsläge, varför det inte rör sig om en klar överträdelse. Kommunen var vidare nödgad att ingå avtalet till följd av omständigheter som utgör ett tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Avtalstiden begränsades dessutom till vad som var absolut nödvändigt. Det föreligger således flera och synnerligen starka förmildrande omständigheter. För det fall domstolen anser att en avgift ska påföras bör dessa omständigheter medföra att överträdelsen ska betinga ett lågt sanktionsvärde och därmed en upphandlingsskadeavgift i den nedre delen av skalan.

Konkurrensverket vidhåller sin ansökan och tillägger följande. Kommunens beskrivning av organisationen visar att kommunens möjligheter att kontrollera stiftelserna har varit inskränkt till någon enstaka punkt. Detta kan inte jämföras med den kontroll som en upphandlande myndighet utövar över en förvaltning. Av de aktuella domarna framgår även att kommunen vid ett flertal tillfällen innan avtalet ingicks hade utrett frågan och kommit fram till att det så kallade in-house-undantaget inte har varit tillämpligt. Vid tidpunkten för den aktuella direktupphandlingen kan rättsläget således inte anses ha varit oklart.

– I förarbetena anges att det i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt med motiveringen att överträdelser i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Vid tidpunkten för avtalets ingående var kommunen medveten om att direkttilldelningar till leverantören stred mot upphandlingslagstiftningen och därför hade valt att säga upp gällande avtal. Kommunen torde också ha varit medveten om att det brådskande behov som därefter uppstod av att få till stånd ett avtal om de aktuella tjänsterna berodde på kommunens eget beteende. Denna situation kan inte sägas bero på de allmänna omständigheterna. – En lång eller obegränsad avtalstid har tidigare ansetts utgöra en försvårande omständighet. En begränsad avtalstid kan därför endast i undantagsfall anses utgöra en förmildrande omständighet. – Av etablerad praxis framgår att utgångspunkten för upphandlingsskadeavgiften är att otillåtna direktupphandlingar ska anses vara allvarliga och medföra en bedömning där sanktionsvärdet är högt. Det finns emellertid inte hinder mot att det i det enskilda fallet kan föreligga förmildrande omständigheter som medför en lägre avgift. – Proportionalitetsprincipen kan även utgöra skäl att besluta om en lägre avgift i det enskilda fallet. Omständigheterna är nu dock inte sådana att det finns skäl att besluta om en lägre upphandlingsskadeavgift än den som Konkurrensverket har ansökt om.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingen påbörjades under år 2023 och LOU är därmed tillämplig i sin lydelse vid den tidpunkten (se övergångsbestämmelserna till lagen [SFS 2023:815] om ändring av LOU).

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), bland annat om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 § (21 kap. 1 § andra punkten LOU).

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. (21 kap. 4 § LOU).

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § LOU).

Av förarbetena framgår att bestämmelsen om att någon avgift inte ska tas ut i ringa fall bör komma till användning endast i sällsynta fall. Vidare framgår att med synnerliga skäl åsyftas situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. 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 som innebär en rätt

att direktupphandla, 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. Vidare uttalas att såväl försvårande som förmildrande omständigheter ska beaktas. Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. När ett avtal får bestå med hänvisning till ett tvingande allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt, och att överträdelser i en del av dessa fall snarare kan antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Avgiften kan då bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls dömas ut (prop. 2009/10:180 del 1 s. 198–199 och s. 369 f.)

Förvaltningsrättens bedömning

Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Göteborgs kommun har genomfört en otillåten direktupphandling. Överträdelserna kan inte anses som ringa. Det finns därmed inte skäl för att sätta ned avgiften helt. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte heller kommit fram. Fråga är därefter om omständigheterna är sådana att eftergift alls kan komma i fråga.

Förvaltningsrätten anser i detta fall att även om den aktuella överträdelserna har berott på omständigheter som torde varit förutsebara för kommunen och sådana som kommunen, i vart fall delvis, kunnat råda över, så har kommunen hamnat i en situation där den ansett sig tvungen att direktupphandla för att upprätthålla en obruten äldreomsorg och i förlängningen undvika risk för människors liv eller hälsa i avvaktan på en korrekt genomförd upphandling av aktuell tjänst. Situationen tangerar därmed en sådan som omnämns i förarbetena avseende

under vilka omständigheter det skulle kunna framstå som orimligt eller stötande att besluta om en upphandlingsskadeavgift och där eftergift skulle kunna komma i fråga.

Förvaltningsrätten finner emellertid att överträdelsen till sin natur är så pass allvarlig att hel eftergift inte bör komma i fråga. Detta särskilt med beaktande av att rättsläget vid tidpunkten för direktupphandlingen inte kan anses ha varit oklart och direktupphandlingens stora värde (307 000 000 kr). Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i målet anser förvaltningsrätten dock att upphandlingsskadeavgiften kan bestämmas till ett något lägre belopp än det som yrkats av Konkurrensverket. Detta utan att göra avkall på en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar samtidigt som hänsyn tas till att kommunens syfte med att ingå den otillåtna direktupphandlingen har varit att upprätthålla en trygg och välfungerande äldreomsorg i avvaktan på en korrekt genomförd upphandling. Förvaltningsrätten anser att ett belopp om 5 000 000 kr får anses väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och till vad som kommit fram i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas på så sätt att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 5 000 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (FR-05)

Karin Leidzén

Rådman

Föredragande har varit rättslige experten Michaël Koch.

Förvaltningsrätten i Göteborg
forvaltningsrattenigoteborg@dom.seFÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORGMÅLNR: 2025-05-09
5550-25
AKTBIL: 1

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, [REDACTED]

Motpart

Göteborgs kommun, [REDACTED]

Saken

Upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 1 § 2 lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i lydelsen innan 1 januari 2024 (LOU).¹

Yrkande

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten enligt 21 kap. 1 § 2 LOU beslutar att Göteborgs kommun ska betala 7 200 000 (sju miljoner tvåhundra tusen) kronor i upphandlingsskadeavgift.

¹ Upphandlingen av Avtalet påbörjades innan den 1 januari 2024. I enlighet med punkt 2 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2023:815) om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ansöker Konkurrensverket därför om upphandlingsskadeavgift i det här fallet. Se 21 kap. 2 § LOU (i lydelsen innan den 1 januari 2024). Se även prop. 2023/24:3 s. 66–67.



Grunder

1. Förvaltningsrätten i Göteborg har genom två domar den 11 oktober 2024 i mål nr 3497-24 och 5644-24 fastställt att ett avtal som ingåtts mellan Göteborgs kommun (kommunen) och Tre Stiftelser får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.² Förvaltningsrättens domar har vunnit laga kraft den 12 november 2024 och den 22 november 2024.³

Bakgrund och omständigheter

2. Göteborgs kommun ingick den 22 december 2023 ett tillfälligt vårdavtal (Avtalet) med Tre Stiftelser.⁴ Avtalstiden bestämdes till först sex månader och därefter ytterligare sex månader om inte avtalet sades upp en viss tid innan den första halvårsperioden löper ut.
3. Tre Stiftelser är ett samlingsnamn för tre separata stiftelser, vars verksamhet drivs i en gemensam organisation under en ansvarig direktör. Dessa har sedan mer än 20 år tillhandahållit äldreomsorg åt kommunen. De tre stiftelserna är följande:
 - Stiftelsen Göteborgs sjukhem
 - Stiftelsen Ålderdomshemmet i Göteborg
 - Stiftelsen Otium.
4. Avtalet ingicks utan föregående annonsering och innebär att Tre Stiftelser skulle tillhandahålla vård- och omsorgsplatser för äldre i Göteborg under en övergångsperiod.
5. Två konkurrerande leverantörer ansökte om överprövning av Avtalets giltighet. Förvaltningsrätten i Göteborg bedömde i ovan nämnda domar att det hade varit fråga om en otillåten direktupphandling.
6. Förvaltningsrätten bedömde att upphandlingen inte var undantagen från LOU:s tillämpningsområde. Kommunen hade anfört att undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU var tillämpligt, men domstolen bedömde att undantaget inte kunde tillämpas eftersom det så kallade kontrollkriteriet i 3 kap. 12 § första stycket 1 LOU och 3 kap. 15 § första stycket 1 LOU inte var uppfyllt.
7. Förvaltningsrätten bedömde också att det inte hade funnits sådan synnerlig brådska enligt 19 a kap. 5 § första stycket 1 LOU som kan utgöra skäl för undantag från kravet på att upphandlingar ska annonseras. Den brådska som hade uppkommit kunde, enligt domstolen, tillskrivas och ha förutsetts av kommunen.

² Se bilaga 1 och bilaga 2.

³ Se bilaga 3.

⁴ Se bilaga 4.



8. Domstolen bedömde vidare att det inte hade funnits sådana synnerliga skäl enligt 19 a kap. 5 § första stycket 3 LOU som kan utgöra skäl för direktupphandling.
9. Förvaltningsrätten bedömde, mot bakgrund av de anförda skälen, att det fanns skäl för att ogiltigförklara Avtalet. Förvaltningsrätten bedömde dock att ogiltighet av Avtalet skulle få oacceptabla konsekvenser för äldreomsorgen i kommunen och att det därför, av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, var motiverat att avtalet fick bestå.

Kommunens inställning under utredningen

10. Under Konkurrensverkets utredning har kommunen bland annat anført följande.
11. Det finns flera relevanta omständigheter som bör beaktas vid bedömningen av sanktionsvärdet.
12. Den första omständigheten är att överträdelsen inte är resultatet av ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Överträdelsen är i stället resultatet av en lång och komplex relation mellan Kommunen och Tre Stiftelser, en relation som har gjort den juridiska bedömningen oklar. Denna komplexitet i relationen har på senare tid varit föremål för flera utredningar. Till följd av dessa utredningar klarnade delvis den komplexa bilden och kommunen insåg att det fanns en risk för att avtalet med Tre Stiftelser, om bedrivandet av äldreomsorg, var att anse som en otillåten direktupphandling. Kommunen valde därför att säga upp det avtalet.
13. Den andra omständigheten som bör beaktas är att kommunen valde att teckna Avtalet för att trygga liv och hälsa för de uppemot 380 gamla och sjuka som omfattades av det. Att flytta de 380 brukarna i livets slutskede riskerar nämligen att få allvarliga konsekvenser.
14. Den tredje omständigheten som bör beaktas är att Avtalet, för att inte gå utöver vad som var absolut nödvändigt, tecknades med en initial avtalstid om endast sex månader med möjlighet till förlängning i ytterligare sex månader. Normalt tecknas denna typ av avtal med betydligt längre avtalstider. Kommunen har därmed vidtagit åtgärder för att begränsa verkningarna av överträdelsen så långt det var möjligt.
15. Den fjärde och sista omständigheten som bör beaktas är att Avtalet numera har upphört att gälla.



Upphandlingsskadeavgift

Grundläggande rättsliga förutsättningar

16. Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol vid överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse.⁵
17. Konkurrensverket ska i en sådan situation ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift.⁶ Det är således fråga om en skyldighet för Konkurrensverket att ansöka om en sådan avgift.
18. Det ska inte ske någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för ansökan om upphandlingsskadeavgift.⁷
19. En ansökan om upphandlingsskadeavgift ska ha kommit in till allmän förvaltningsdomstol inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft.⁸

Beloppsintervall inom vilket en upphandlingsskadeavgift kan tas ut

Tillämpliga bestämmelser

20. En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.⁹ Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall.¹⁰
21. För att avgöra storleken på den upphandlingsskadeavgift som kan tas ut i detta fall måste värdet av upphandlingen beräknas. Beräkningen av upphandlingens värde ska göras enligt 5 kap. 3 och 5 §§ LOU. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats.

Upphandlingens värde

22. Kommunen har under Konkurrensverkets utredning uppgett att upphandlingens värde uppgår till 307 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt. Konkurrensverket finner inga skäl att ifrågasätta

⁵ 21 kap. 1 § 2 LOU.

⁶ 21 kap. 2 § första stycket LOU.

⁷ Se HFD 2014 ref. 49.

⁸ 21 kap. 6 § LOU.

⁹ 21 kap. 4 § LOU.

¹⁰ Se HFD 2014 ref. 69.



kommunens uppgifter och lägger dem till grund för bedömningen av upphandlingens värde.

Upphandlingsskadeavgiftens högsta värde

23. Upphandlingsskadeavgiften kan uppgå till högst 10 000 000 kronor. Efter att ha fastställt inom vilket intervall en upphandlingsskadeavgift kan tas ut, måste en bedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet.

Överträdelsen sanktionsvärde och upphandlingsskadeavgiftens storlek

Allmänna utgångspunkter för sanktionsvärdet

24. När upphandlingsskadeavgiftens storlek ska fastställas 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.¹¹
25. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Eftergift får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall.¹² Utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är också ytterst begränsat.¹³
26. En upphandlingsskadeavgift ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Syftet med avgiften är bland annat att säkerställa att upphandlingsreglerna följs och att skattemedlen används på ett korrekt sätt.¹⁴
27. Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Även omständigheter som har legat till grund för det underliggande ogiltighetsmålet kan beaktas. Utgångspunkten är att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, följer LOU. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.¹⁵
28. Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Omständigheten att till exempel rättslaget är oklart kan påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Däremot kan sanktionsvärdet anses högre om ett avtal löper under

¹¹ 21 kap. 5 § LOU.

¹² Jfr Kammarrätten i Göteborgs domar den 26 februari 2014 i mål nr 5703-13 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹³ Prop. 2009/10:180 s. 198.

¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 196–197

¹⁵ Prop. 2009/10:180 s. 197 och 369–370.



en förhållandevis lång tid eller avser ett högt värde. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis ett upprepat beteende att göra otillåtna direktupphandlingar bör ses som en försvårande omständighet. Att en upphandlande myndighet har drabbats av andra negativa ekonomiska konsekvenser till följd av överträdelsen kan dock i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.¹⁶

29. Otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och sanktionsvärdet ska därför ofta vara högt.¹⁷
30. Att ett avtal har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan inte i sig motivera en sänkning av upphandlingsskadeavgiften. Det kan inte ha varit den svenska lagstiftarens avsikt att upphandlingsskadeavgiften ska sättas ned så snart det i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet har fastställts att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹⁸ En sådan ordning skulle dessutom riskera att vara oförenlig med rättsmedelsdirektivets¹⁹ krav på att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.²⁰
31. Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet ska ha agerat med uppsåt eller av oaktsamhet för att en avgift ska kunna dömas ut. Bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll utgör inte heller någon ursäkt för en otillåten direktupphandling.²¹

Den aktuella överträdelsens sanktionsvärde

32. Förvaltningsrätten har i lagakraftvunna avgöranden funnit att Avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta mål handlar enbart om att fastställa en upphandlingsskadeavgift för den överträdelse som har konstaterats i de aktuella domarna.
33. Det finns ett stort utrymme att ta hänsyn till samtliga relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte.²²

¹⁶ Prop. 2009/10:180 s. 197–198 och s. 369–370.

¹⁷ Se prop. 2009/10:180 s. 197 och jfr exempelvis HFD 2014 ref. 69 samt Kammarrätten i Göteborgs domar den 5 december 2014 i mål nr 4402-14 och den 2 december 2014 i mål nr 4915-13.

¹⁸ Se de olika skrivningarna i prop. 2009/10:180 s. 198–199 angående sanktionsvärde, avgiftens storlek och eftergift när det föreligger tvingande hänsyn.

¹⁹ 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).

²⁰ Se artikel 2e.2 i rättsmedelsdirektivet, i dess 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 (ändringsdirektivet).

²¹ Prop. 2009/10:180 s. 193 och s. 368.

²² Prop. 2009/10:180 s. 369.



34. Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling vilket är en av de allvarligaste överträdelserna av upphandlingsregelverket. Detta är en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde. Det faktum att Avtalets värde är så pass högt att upphandlingsskadeavgiften i målet som högst kan uppgå till takbeloppet, dvs. 10 000 000 kronor är också en omständighet som talar för ett högt sanktionsvärde.
35. Kommunen har anfört att syftet med upphandlingen, att Avtalet tecknades för att trygga liv och hälsa, bör beaktas vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiften. Att ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, påverkar dock inte i sig sanktionsvärdet i sänkande riktning. Kommunen har, genom att Avtalet har fått bestå, redan i ogiltighetsmålet fått tillgodoräkna sig dessa omständigheter. Vad Kommunen har anfört i den delen ska således inte påverka storleken på upphandlingsskadeavgiften.
36. Eftersom bristande kännedom om gällande rätt eller missförstånd om lagstiftningens innehåll inte utgör någon ursäkt för en otillåten direktupphandling, förändras inte bedömningen av att kommunen var av uppfattningen att undantaget för intern upphandling i 3 kap. 11 § LOU var tillämpligt.
37. Kommunen har anfört att den rättsliga bedömningen i förhållande till Tre Stiftelser har varit komplex. Konkurrensverket kan inte instämma i detta. En grundläggande förutsättning för att undantaget ska vara tillämpligt är att det så kallade kontrollkriteriet är uppfyllt. Som framgår av de aktuella domarna är detta i normalfallet inte fallet i fråga om stiftelser. Som också framgår av de aktuella domarna har Kommunen haft ett begränsat inflytande över Tre Stiftelser, varför det måste anses ha stått klart att undantaget för intern upphandling inte har varit tillämpligt avseende dessa. Det aktuella rättsläget är således inte oklart.
38. Kommunen har anfört att den begränsade avtalstiden ska beaktas vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiften i en sänkande riktning. Det förutsätts i normalfallet att en upphandlande myndighet begränsar ett avtal i tiden. En begränsning av avtalstiden utgör alltså inte med automatik en förmildrande omständighet. I det här fallet kan avtalstiden om upp till ett år inte anses vara en kort avtalstid och därmed inte heller så kort att det därför finns skäl att beakta detta som en förmildrande omständighet.
39. Kommunen har även anfört att det faktum att Avtalet har upphört att gälla ska beaktas vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Konkurrensverket kan dock konstatera att detta hänger ihop med den begränsning av avtalstiden som verket kommenterade ovan. Att Avtalet har upphört att gälla är bara en följd av att avtalstiden inte längre kunde



förlängas ytterligare. Det finns således inte anledning att beakta detta i en sänkande riktning vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiften.

40. Vid en sammantagen bedömning av omständigheterna i ärendet anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift på 7 200 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Johan Sahl
chefsjurist

AA
processråd

Bilagor

- Bilaga 1 Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 3497-24
- Bilaga 2 Förvaltningsrätten i Göteborgs dom i mål nr 5644-24
- Bilaga 3 Uppgift om laga kraft
- Bilaga 4 Avtalet



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



Hur man överklagar

KR-01

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet.

I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller

att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser, och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.