

Förvaltningsrätten i Göteborg
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Ansökan om upphandlingsskadeavgift

Sökande

Konkurrensverket, Ringvägen 100, 118 60 Stockholm

Motpart

Göteborgs kommun, 404 82 Göteborg

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 tvåhundratusen) 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

Stefan Olsen Siri
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 |