

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 34

DOM

2021-09-09

Meddelad i Stockholm

Mål nr

22696-20

SÖKANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Huddinge kommun

Ombud:

Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [REDACTED]

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Huddinge kommun ska betala en
upphandlingsskadeavgift om 2 000 000 kr.

Dok.Id 1305063

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd34.fst@dom.se<https://www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/>**Telefax**

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket (KKV) yrkar att Huddinge kommun ska betala 2 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Som grund för ansökan anger KKV följande. Huddinge kommun har brutit mot 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, genom att den 25 oktober 2019 ingå två avtal om vinterväghållning för vintersäsongen 2019/2020 samt sandupptagning 2020, ett med EMAB Anläggning Syd AB och ett med Skanska Industrial Solutions AB, utan föregående annonsering. Eftersom förutsättningar för att ingå avtal utan föregående annonsering saknades utgör de ingångna avtalen en otillåten direktupphandling.

Huddinge kommun bestrider bifall till ansökan. Kommunen yrkar i första hand att förvaltningsrätten avvisar ansökan eftersom ansökan är ställd till fel part. Kommunen yrkar i andra hand att förvaltningsrätten genom en mellandom fastställer att ansökan är ställd till fel part. Kommunen yrkar i tredje hand att förvaltningsrätten ska avslå ansökan på den grunden att det inte är fråga om en otillåten direktupphandling. Kommunen yrkar i fjärde hand att förvaltningsrätten ska avslå ansökan på den grunden att det är fråga om ett ringa fall och att det i vart fall finns synnerliga skäl för eftergift av avgiften. Kommunen yrkar i femte hand att förvaltningsrätten ska bestämma upphandlingsskadeavgiften till 10 000 kr eller i vart fall ett belopp som är avsevärt lägre än det i ansökan yrkade beloppet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bevisbörda

Utgångspunkten är att det är KKV som har bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för en upphandlingsskadeavgift. När det gäller frågan om ett undantag från annonseringsskyldigheten är uppfyllt kan dock den upphandlande myndigheten behöva presentera mer omständigheter till stöd för sin sak (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20). Kommunen hävdar att KKV inte uppfyllt sin bevisbörda. Förvaltningsrätten anser dock att målet till största delen inte handlar om bevisfrågor, utan om hur omständigheterna ska bedömas.

Är de direktivstyrda bestämmelserna i LOU tillämpliga?

KKV gör gällande att de tjänster som avtalen avser inte är sådana tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU och att värdet på upphandlingen överskrider det aktuella tröskelvärdet enligt 5 kap. LOU, varför upphandlingen omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Kommunen gör gällande att upphandlingen inte omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna och anför följande till stöd för detta. Upphandlingen avsåg vinterväghållning och utgjorde således en upphandling av byggentreprenad. Av avtalen framgår att entreprenaden avser utförande av vinterunderhåll på vägar samt gång- och cykelbanor inom kommunen. Detta är tjänster som huvudsakligen omfattas av bilaga 1 till LOU och direktupphandlingen avsåg därmed en byggentreprenad. Tröskelvärdet för byggentreprenader var 52 620 561 kr när nämnden genomförde direktupphandlingen. Värdet av direktupphandlingen understeg detta värde och nämnden tillämpade därför rätteligen 19 kap. LOU.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att med byggentreprenadkontrakt avses ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1. Förvaltningsrätten anser att det av den beskrivningen av tjänsterna som anges i bilaga 1 är svårt att se att snöröjning skulle falla in under någon av de uppräknade tjänsterna. Bilaga 1 har vidare sin grund i bilaga II i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och i denna anges vilka CPV-koder som tjänsterna har. Vilka dessa CPV-koder är och att de gäller för bilaga 1 till LOU har även förtydligats genom tillkännagivande (2016:1228) av CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt vid offentlig upphandling. Bland dessa koder finns inte CPV-koden för snöröjning med, vilken enligt Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 är 90620000-9. Förvaltningsrätten anser därför att snöröjning och vinterväghållning inte kan falla in under någon av de beskrivna tjänsterna i bilaga 1 och att det således inte varit fråga om byggentreprenadkontakt.

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att om det beräknade värdet av en upphandling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § LOU och upphandlingen inte avser en sådan tjänst som anges i bilaga 2 eller bilaga 2 a, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Tjänsterna i de aktuella avtalen är inte sådana tjänster som anges i bilaga 2 eller bilaga 2 a. Av tillkännagivande (SFS 2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling framgår att tröskelvärdet för de aktuella tjänsterna när avtalen ingicks var 2 096 097 kr. Upphandlingens värde översteg således tröskelvärdet och därmed var det de direktivstyrda bestämmelserna i LOU som var tillämpliga.

Är Huddinge kommun upphandlande myndighet?

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 21 kap. 1 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift) om vissa förutsättningar är uppfyllda.

Definitionen av upphandlande myndighet finns i 1 kap. 22 § LOU. Där anges, såvitt nu är aktuellt, att med upphandlande myndighet avses en statlig eller kommunal myndighet.

Högsta förvaltningsdomstolen har i mål HFD 2018 ref. 67 uttalat bl.a. följande. Normalt anses kommunala nämnder vara egna förvaltnings-myndigheter. Det bör därmed kunna accepteras att en kommun betraktar varje kommunal nämnd som en egen upphandlande myndighet, så länge detta inte sker på ett sätt som kommer i konflikt med direktivets syfte. För att inte undergräva direktivets effektiva verkan bör ett krav för att en kommunal nämnd ska godtas som en egen upphandlande myndighet vara att nämnden genomför sina upphandlingar självständigt.

HFD fann i målet att den aktuella nämnden hade genomfört upphandlingen självständigt och angav som skäl för detta att kommunen i sina regler betraktade varje nämnd i kommunen som en egen upphandlande myndighet med ansvar för att dess upphandlingar sker i enlighet med gällande regelverk, samt att nämnden hade en egen förvaltning och budget.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen anför att avtalen som KKV hänför sig till i ansökan har slutits mellan Klimat- och stadsmiljönämnden och leverantörerna, och att nämnden

vid tidpunkten för den påstådda överträdelsen var en egen upphandlande myndighet varför ansökan har riktats mot fel part. KKV gör gällande att kommunen, och inte nämnden, varit upphandlande myndighet.

Parterna är överens om att avtalen ligger inom nämndens ansvarsområde och att nämnden haft en egen budget för att täcka kostnaderna, att nämnden fattat beslut om och genomfört upphandlingen samt att avtalen är undertecknade av företrädare för nämnden.

I 3 § i kommunens reglemente för upphandling anges att varje nämnd är en upphandlande myndighet. I 20 § anges följande. Direktupphandling genomförs av respektive nämnd när ramavtal eller övriga avtal inte finns eller kan tillgodose det aktuella behovet. Direktupphandling får sker under följande förutsättningar: – att upphandlingen faller inom ramen för beviljat anslag i budgeten för den upphandlande myndigheten – att värdet av direktupphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret inte överstiger gränsen för direktupphandlingar enligt gällande lag. Direktupphandling får även ske då förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. En tillämpning av sådant undantag ska alltid bedömas och skriftligen godkännas av upphandlingssektionen.

KKV gör gällande att nämnden enligt 20 § i reglementet har varit tvungen att söka godkännande från en annan del av kommunen vid genomförandet av upphandlingen och att nämnden därmed inte agerat med sådan självständighet avseende den aktuella upphandlingen att nämnden är att betrakta som upphandlande myndighet. Det är därför enligt KKV kommunen som är upphandlande myndighet.

Kommunen gör å sin sida gällande att de omständigheter som redogjorts för ovan som parterna är överens om visar att nämnden självständigt genomfört

upphandlingen och att nämnden således ska anses vara den upphandlande myndigheten. Kommunen menar att 20 § i reglementet endast är en formalitet och att nämnden inte haft någon skyldighet att följa upphandlingssektionens bedömning. Detta följer enligt kommunen av att det enligt 8 och 14 §§ i reglementet framgår att det är nämnden som ansvarar för den aktuella upphandlingen, och att nämnden hade fattat beslut om att genomföra upphandlingen och skickat ut upphandlingsdokumenten innan upphandlingssektionen gjorde sin bedömning.

I 8 § i reglementet anges bl.a. att direktupphandling genomförs av respektive verksamhet vid behov. Av 14 § i reglementet framgår vilka beslut som ska fattas i upphandlingsprocessen. För nämndövergripande avtal anges att beslut ska fattas av kommunstyrelsen. För nämndspecifika avtal anges inget särskilt, vilket dock utifrån övriga bestämmelser i reglementet och nämndens delegationsordning som utgångspunkt måste innebära att besluten ska fattas av respektive nämnd. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att bestämmelserna i 8 och 14 §§ medför att det går att bortse från vad som sedan anges i 20 §, som reglerar just direktupphandlingar. Ordalydelsen av bestämmelsen tyder inte på att det bara skulle vara fråga om en formalitet. Det som framgår är att det i en sådan direktupphandlingssituation som den nu aktuella krävs ett skriftligt godkännande från upphandlingssektionen, vilket inte kan tolkas på något annat sätt än att om ett godkännande inte erhålls ska nämnden inte genomföra upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att kravet på ett godkännande från upphandlingssektionen innebär att nämnden inte har kunnat genomföra upphandlingen självständigt. Förvaltningsrätten anser att det saknar betydelse att nämnden fattat sitt beslut om att genomföra direktupphandlingen innan godkännandet erhållits. Av handlingarna framgår dock att upphandlingssektionen meddelat sin bedömning innan avtalen ingicks. Genom den aktuella bestämmelsen i

reglementet får kommunen anses ha behållit beslutanderätten över när direktupphandlingar får genomföras i en sådan situation som den nu aktuella. Nämnden har därför inte agerat med sådan självständighet i förhållande till kommunen som krävs för att nämnden ska kunna betraktas som en upphandlande myndighet. Därmed är det kommunen som är att betrakta som upphandlande myndighet och det saknas därför skäl att avvisa KKV:s ansökan. Vid denna utgång saknas även anledning att meddela mellandom avseende denna fråga.

Har Huddinge kommun gjort en otillåten direktupphandling?

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 10 kap. 1 § LOU framgår att upphandlingar som huvudregel ska annonseras. Av tredje stycket framgår att särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§ LOU. Av 6 kap. 15 § LOU följer att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig. Det framgår av praxis att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt (se HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall).

Vad parterna anför

Kommunen gör gällande att förutsättningarna för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU var uppfyllda. Till stöd för detta anför kommunen bl.a. följande. Före direktupphandlingen genomförde nämnden en

annonserad upphandling av vinterväghållning som nämnden var tvungen att avbryta av flera skäl. Ett av skälen till avbrytandebeslutet var att endast tre anbudsgivare lämnade anbud varav enbart två av anbuden formellt hade kunnat accepteras. Det var alltså alltför lite konkurrens i den annonserade upphandlingen. Därtill avvek de offererade priserna kraftigt från nämndens budget vilket gjorde det omöjligt för nämnden att acceptera något av anbuden. Att anbudsgivare i en annonserad upphandling lämnar så höga priser att dessa omöjligen kan antas av den upphandlande myndigheten måste anses utgöra en sådan oförutsebar omständighet som den upphandlande myndigheten inte kan råda över. Särskilt när den upphandlande myndigheten, som i detta fall, har skickat ut förfrågningsunderlaget på remiss för att få synpunkter från leverantörer. Nämnden fick efter att förfrågningsunderlaget skickats ut på remiss inga synpunkter som indikerade att anbudsgivarna i upphandlingen skulle lämna så höga priser som därefter lämnades.

KKV anför bl.a. följande. Det åligger den upphandlande myndigheten att planera sina upphandlingar med beaktande av bland annat tidsåtgången för en överprövning i första instans. Under 2018 var den genomsnittliga tiden för en överprövning i första instans ungefär fyra månader. I detta fall har visserligen ingen överprövning varit aktuell. Om upphandlingen emellertid hade planerats med sådana marginaler som det ålegat kommunen att ta hänsyn till skulle kommunen ha hunnit genomföra ett nytt öppet eller påskyndat förfarande efter att upphandlingen avbröts. Det framgår även av avbrytandebeslutet och delegationsbeslutet från samma dag att omständigheterna som föranlett avbrytandebeslutet och att kommunen därmed hamnat i brådska är sådana som hänför sig till kommunen. Kommunen har således i huvudsak själv försatt sig i den aktuella situationen varför förutsättningarna för att tillämpa undantaget för synnerlig brådska inte varit uppfyllda.

Förvaltningsrättens bedömning

I avbrytandebeslutet från den 25 september 2019 anges följande. "Då kommunen funnit brister i underlaget vilket medför att det inte är möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avbryts upphandlingen." I delegationsbeslut samma dag anges bl.a. följande. Två anbud skulle formellt kunna accepteras men offererat pris avviker kraftigt från budget och det är därför inte möjligt att acceptera anbuden. Till detta ska läggas att förvaltningen drar slutsatsen att den låga svarsfrekvensen med endast tre anbud troligen beror på ett komplext och i vissa delar bristfälligt förfrågningsunderlag. Förberedelsetiden har även troligen varit för kort för en del leverantörer.

Förvaltningsrätten anser att den omständigheten att de anbud som kommit in överstigit kommunens budget inte är en sådan omständighet som kan föranleda att det aktuella undantaget får tillämpas. Detta gäller särskilt med beaktande av att kommunen själv enligt avbrytande- och delegationsbeslutet ansett att förfrågningsunderlaget varit bristfälligt och förberedelsetiden för kort. Orsakerna till att avbrytande skett beror således på omständigheter som kan tillskrivas kommunen. Som KKV anfört har upphandlande myndigheter en långtgående skyldighet att planera för sina upphandlingar i god tid. Detta har kommunen inte gjort eftersom man inte haft en marginal för en eventuell ansökan om överprövning. I detta fall har någon överprövning inte varit aktuell men om kommunen tagit höjd för en sådan hade kommunen kunnat lösa den uppkomna situationen på annat sätt än genom en direktupphandling. Förvaltningsrätten anser således att den brådska som uppstått beror på omständigheter som kan tillskrivas kommunen och därför är inte alla förutsättningar för att tillämpa undantaget tillämpligt. Kommunen har därmed gjort en otillåten direktupphandling.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek m.m.

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Dessutom gäller att avgiften inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt, såvitt nu är aktuellt, 5 kap. LOU. I 5 kap. 3 § LOU anges att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. I 5 § i samma kapitel anges att uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

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

Av förarbetena framgår bl.a. följande. Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt.

Överträdelser kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Utgångspunkten är att bestämmelsen bör komma till användning endast i sällsynta fall. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Ett tänkbart exempel på fall då avgiften bör kunna efterges skulle kunna röra direktupphandlingar som inte riktigt anses nå upp till kravet på synnerliga skäl i 15 kap. 3 § andra stycket. Den regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat råda över (jfr prop. 2001/02:142 s. 99). Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. 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 enligt 15 kap. 3 § andra stycket 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. (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.)

Vad parterna anför

KKV anför följande. Kommunen har angett att budgeten inför vintersäsongen 2019/2020 uppgick till 30 000 000 kr exklusive mervärdesskatt för vinterväghållning och sandupptagning. Budgeten baserades på tidigare säsongers utfall och innefattar även kommunens interna kostnader. Kommunen har lämnat in en sammanställning över budgeterade belopp och faktiska kostnader för snöröjning för åren 2015–2019. Av denna framgår en genomsnittlig budget på 30 700 000 kr och en genomsnittlig kostnad på 43 800 000 kr. Det är det uppskattade värdet och inte den faktiska kostnaden som ska ligga till grund för beräkningen av en upphandlings värde. Det budgeterade värdet är det enda uppskattade värde som kommunen har kunnat uppge. KKV finner inte skäl att ifrågasätta detta belopp. KKV uppskattar upphandlingens värde till 26 730 000 kr (30 000 000 kr i budgeterat värde – 3 270 000 kr i interna kostnader).

Vid bedömningen av sanktionsvärdet ska hänsyn tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling, vilket talar för ett högt sanktionsvärde. Det finns inga förmildrande omständigheter. Det är inte fråga om ett ringa fall och det finns inte skäl att efterge avgiften. Vid en sammantagen bedömning i ärendet anser KKV att en upphandlingsskadeavgift på 2 000 000 kr är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen anför följande. Det belopp som avgiften grundas på ska motsvara det verkliga värdet, dvs. beräkningen ska utgå från det belopp som nämnden faktiskt köpt tjänster för enligt avtalen. Bestämmelserna i 5 kap. LOU syftar till att den upphandlande myndigheten på förhand ska kunna beräkna värdet av upphandlingen för att avgöra vilka regler som ska tillämpas vid genomförandet av upphandlingen. Bestämmelserna är

utformade på sådant sätt att värdet ska uppskattas så stort som möjligt. I detta mål är det emellertid klarlagt att det verkliga värdet har uppgått till 22 801 406 kr. Det finns därför inte någon anledning till att upphandlings-skadeavgiftens storlek ska baseras på det uppskattade värdet.

Nämnden har före ingåendet av avtalen bjudit in 13 leverantörer till ett informationsmöte avseende direktupphandlingen och därefter fick de leverantörer som var intresserade möjlighet att lämna anbud baserat på upphandlingsdokumenten. Fyra anbud inkom och efter utvärdering tilldelades kontrakt till de anbudsgivare som hade lägst pris. Fyra anbud är fler än vad som erhöles vid den annonserade upphandlingen som fick avbrytas, vilket visar att konkurrensen inte skulle blivit större med annonsering. Det sätt på vilket nämnden genomfört den tillåtna direktupphandlingen medför att inget av LOU:s syften har åsidosatts och det rör sig därför om ett sådant ringa fall att ingen avgift ska beslutas.

Nämnden beslutade också att avtalen enbart skulle gälla för en begränsad tid, under vilken nämnden skulle ha möjlighet att förbereda och genomföra en ny annonserad upphandling. Samtliga av de förmildrande omständigheter som Högsta förvaltningsdomstolen beaktade i HFD 2014 ref. 49 vid sin bedömning av att det var fråga om ett ringa fall föreligger även i detta mål.

Det finns vidare skäl att efterge avgiften på grund av synnerliga skäl. Av förarbetena framgår att det kan anses föreligga synnerliga skäl om myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla för att människors liv och hälsa annars skulle riskeras. De direktupphandlade avtalen avser vinterväghållning och om tjänsterna inte utförs uppstår en risk för samhällsfara och en risk för människors liv eller hälsa. Om förvaltningsrätten skulle finna att det inte är fråga om ett ringa fall och att det inte heller finns skäl att efterge avgiften är de omständigheter som

redogjorts för så förmildrande att det finns skäl att kraftigt sätta ned avgiften.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten anser att den hänvisning som görs i 21 kap. 4 § LOU till 5 kap. LOU får anses innebära att samtliga bestämmelser i 5 kap. som rör värdet av en upphandling ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304-20). Det går därför inte att bortse från vad som anges i 5 kap. 3 § LOU om att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Det är därför det uppskattade värdet av upphandlingen som ska användas även vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Det uppskattade värdet som KKV angett ska användas är kommunens budget för vinterväghållning och sandupptagning med avdrag för kommunens interna kostnader för detta. Detta värde framstår som en rimlig uppskattning, särskilt med beaktande av vad som angetts om kommunens budget och kostnader för tidigare vintersäsonger. Kommunen har inte heller invänt mot det uppskattade värdet som sådant, utan endast anfört att det är det verkliga värdet som ska användas. Förvaltningsrätten anser således att upphandlingens värde är 26 730 000 kr och att upphandlingsskadeavgiftens storlek därför högst får uppgå till 2 673 000 kr.

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse som kommunen gjort sig skyldig till inte kan betraktas som ringa. Förvaltningsrätten anser inte att omständigheterna i detta mål liknar omständigheterna i HFD 2014 ref. 49. I det målet var det fråga om en otillåten direktupphandling där efterföljande avtal hade fått bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Högsta förvaltningsdomstolen beaktade att kommunerna inlett och

avsett att slutföra en annonserad upphandling, men på grund av omständigheter som i huvudsak legat utanför vad kommunerna själva kunnat förutse och påverka kunde upphandlingsförfarandet inte avslutas som planerat. Detta var orsakat av en överprövningsprocess som hade dragit ut på tiden. I detta mål har dock kommunen, som ovan angetts, i huvudsak själv orsakat den brådska som uppstått. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande ger således inte stöd för att det skulle vara fråga om ett ringa fall. Vad kommunen uppgett om hur de genomfört direktupphandlingen medför inte heller att det kan anses vara fråga om ett ringa fall.

När det gäller frågan om eftergift bedömer förvaltningsrätten att det uttalande i förarbetena som kommunen hänvisat till inte kan tolkas som att avgiften ska efterges i samtliga fall när kommunen upphandlat sådant som varit absolut nödvändigt. Det måste därtill framstå som orimligt eller stötande om upphandlingsskadeavgift tas ut. Förvaltningsrätten anser inte att det är fråga om en sådan situation i det här målet. Det finns därför inte synnerliga skäl att efterge avgiften.

Förvaltningsrätten anser inte att det föreligger några försvårande omständigheter utöver att det är fråga om en otillåten direktupphandling. Förvaltningsrätten anser vidare att det kommunen uppgett om genomförandet av upphandlingen eller begränsningen av avtalens längd inte utgör sådana omständigheter som kan anses förmildrande, och att det inte heller i övrigt framkommer några förmildrande omständigheter. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att en avgift om 2 000 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Furberg
Rådman

Anna-Karin Saxvold har varit föredragande.



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 rätts-tillämpningen.
- 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.

