



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.