



KLAGANDE

Konkurrensverket

MOTPART

Region Stockholm

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 31 maj 2023 i mål nr 23387-22,
se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer den överklagade domen och återförvisar målet till
förvaltningsrätten för ny prövning.

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till tio miljoner kronor och för fram bl.a. följande. Förvaltningsrätten har tillämpat bestämmelsen om eftergift i 21 kap. 5 § andra stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, på fel sätt. De rättsfrågor som aktualiseras är under vilka förutsättningar en upphandlingsskadeavgift kan efterges och om rätten har möjlighet att *delvis* efterge avgiften på grund av synnerliga skäl i enlighet med 21 kap. 5 § andra stycket LOU. I förarbetena till bestämmelsen nämns möjligheten att med stöd av bestämmelsen efterge avgiften *helt* om det finns synnerliga skäl. Inte någonstans finns det angivet att avgiften kan efterges delvis. Det kan inte betraktas som orimligt eller stötande att besluta om en upphandlingsskadeavgift i en situation som denna där förvaltningsrätten funnit att sanktionsvärdet för den aktuella överträdelsen motsvarar en avgift som uppgår till högsta möjliga belopp och där förmildrande omständigheter bedömts saknas. Det saknas därför skäl för eftergift.

Regionen anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Prövningsramen ska fastställas utifrån hur Konkurrensverket har formulerat överklagandet. Rätten har därför inledningsvis att pröva om förutsättningarna för eftergift är uppfyllda eller inte och under vilka förutsättningar en upphandlingsskadeavgift kan efterges och om rätten har möjlighet att delvis efterge densamma. Av detta följer att även belopp under fem miljoner kronor inryms i prövningsramen. En annan ordning är orimlig eftersom rätten i så fall skulle vara förhindrad att meddela en dom med innebörden att hel eftergift ska medges. Även om rätten skulle anse att delvis eftergift är möjlig måste prövningsramen var densamma, dvs. mellan noll kronor och tio miljoner kronor.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan är om det finns skäl att efterge upphandlingsskadeavgiften helt eller delvis.

Eftergift av en upphandlingsskadeavgift får medges om det finns synnerliga skäl (21 kap. 5 § andra stycket LOU). I förarbetena anges att eftergift inte bör komma i fråga annat än i rena undantagsfall. Ett exempel är att den upphandlande myndigheten, på grund av eget agerande, har hamnat i en situation där myndigheten anser sig tvungen att direktupphandla för att människors liv eller hälsa annars skulle riskeras. Om detta inte skulle anses utgöra synnerliga skäl som innebär rätt att direktupphandla är det tänkbart att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften (prop. 2009/10:180 s. 198–199 och 370).

När ramavtalet ingicks i december 2021 hade regionen hamnat i en situation där en direktupphandling av bemanningstjänster bedömdes som nödvändig för att undvika risk för människors liv eller hälsa. Regionen hade bl.a. fått indikationer om att anbudsgivare på grund av pandemin inte längre kunde leverera enligt de villkor man tidigare angett. Det som har avgörande betydelse i detta fall är enligt kammarrätten att pandemin var en extraordinär händelse som skapade mycket stor påfrestning på samhället i allmänhet och vården i synnerhet. Vid tiden för direktupphandlingen rådde fortfarande stor osäkerhet och oförutsebarhet avseende pandemins utveckling. Folkhälsomyndigheten beslutade först i februari 2022 att ta bort de flesta åtgärderna mot covid-19 och pandemin bedömdes då ha gått in i en ny fas i Sverige.¹ Situationen liknar i det närmaste exakt det som i förarbetena beskrivs, dvs. att det skulle framstå som orimligt och stötande att under dessa förhållanden ta ut en upphandlingsskadeavgift till följd av

¹ [Pandemin med covid-19 går in i en ny fas — Folkhälsomyndigheten \(folkhalsomyndigheten.se\)](https://www.folkhalsomyndigheten.se/om-folkhalsomyndigheten/nyheter-och-press/nyhetsrapporter/2022/Pandemin_med_covid-19_gar_in_i_en_ny_fas)

direktupphandlingen. Det finns därför synnerliga skäl för att efterge upphandlingsskadeavgiften.

När det gäller frågan om delvis eftergift kan medges, anser kammarrätten att bestämmelsen inte kan förstås så att delvis eftergift är möjlig. En sådan uppfattning stöds av de nämnda förarbetsuttalandena och av uttalanden om avgiftsprocessen i praxis (HFD 2017 ref. 45). I de fall rätten anser att en upphandlingsskadeavgift ska utgå, men att förmildrande omständigheter finns, ska detta i stället beaktas vid bedömningen av sanktionsvärdet och beräkningen av avgiftens storlek enligt 21 kap. 4 § och 5 § första stycket LOU. Om det finns grund för eftergift ska alltså hel eftergift medges. Detta överensstämmer också med Konkurrensverkets inställning.

Eftersom den aktuella bestämmelsen endast tillåter att hel eftergift medges har förvaltningsrätten gjort fel när den vid bestämmandet har medgett eftergift till hälften. Den överklagade domen ska därför undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för att pröva upphandlingsskadeavgiftens storlek.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Cecilia Silfverhjälm
kammarrättsråd
ordförande

Maria Ringvall
kammarrättsråd
referent

Eva Gullfeldt
kammarrättsråd

/Sofia Olsson
fiskal
föredragande