



KLAGANDE

Huddinge kommun

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 1 augusti 2025 i
mål nr 9160-24, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
 2. Kammarrätten avslår yrkandet om återförvisning.
 3. Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.
-

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 709521

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00
E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/kammarratten-i-stockholm/

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Huddinge kommun yrkar i första hand att Konkurrensverkets ansökan avslås på den grunden att det inte har gjorts någon otillåten direktupphandling. I andra hand yrkar kommunen att ansökan avslås på den grunden att det är fråga om ett ringa fall och att någon upphandlingsskadeavgift därför inte ska utgå. I vart fall finns det synnerliga skäl för att upphandlingsskadeavgift inte ska utgå. Kommunen yrkar i tredje hand att kammarrätten bestämmer upphandlingsskadeavgiftens storlek till ett avsevärt lägre belopp än 2 000 000 kronor. Alternativt yrkar kommunen att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och återförvisa målet till förvaltningsrätten för förnyad prövning.

Kommunen för fram bl.a. följande.

Återförvisning

Det har varit påkallat att målet i förvaltningsrätten prövas av fullsuttен rätt. Förvaltningsrättens dom är av det skälet felaktig och målet ska återförvisas för ny handläggning (RÅ 2008 ref. 10 och HFD 2019 ref. 70).

Upphandlingsskadeavgift är att jämställa med en straffrättsliknande påföljd. Det yrkade och utdömda beloppet är också mycket högt och målet är därför av särskild betydelse för kommunen. Målet innehåller också flera svårbedömda rättsfrågor, vilket förvaltningsrätten borde ha insett och därför låtit det prövas av fullsuttен rätt.

Kommunen har i förvaltningsrätten invänt att avtalet avser en icke-ekonomisk tjänst eftersom den har ett socialt syfte, genomför solidaritetsprincipen och står under statlig kontroll. Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, är inte är tillämplig på sådana tjänster. Förvaltningsrätten har inte prövat kommunens invändning om att avtalet avser en icke-ekonomisk tjänst. Det måste göras en materiell prövning av

om avtalet avser en icke-ekonomisk tjänst och om kommunen i så fall inte varit skyldig att annonsera. Kammarrätten bör därför upphäva domen och återförvisa målet till förvaltningsrätten för ny prövning.

Upphandlingsskadeavgift

Det är endast avtalet som Konkurrentverket har lagt till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift som utgör ramen för processen. Några andra anskaffningar än den som omfattas av avtalet kan inte läggas till grund för bedömningen av upphandlingens värde. Förvaltningsrätten har underlåtit att göra sin kontroll av preskriptionsfristen i 21 kap. 7 § LOU avseende de direktupphandlingar av HVB under tolv månadersperioden som föregått avtalet. Bestämmelserna i 5 kap. LOU ska inte användas för att bedöma värdet av upphandlingen. Dessa är hjälpregler för den upphandlande myndigheten och är avsedda att tillämpas innan upphandlingen genomförs för att den upphandlande myndigheten bl.a. ska veta vilka förfaranden som kan användas. I mål om upphandlingsskadeavgift har den upphandlande myndigheten redan genomfört anskaffningen enligt det eller de avtal som omfattas av Konkurrentverkets ansökan. Det är därmed klarlagt vad värdet uppgår till och några regler till stöd för att uppskatta värdet behöver inte tillämpas. Avtalet som omfattas av Konkurrentverkets aktuella ansökan utgör inte ett sådant tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid. Förvaltningsrätten har hänvisat till skäl 19 i LOU-direktivet som rör vad som avses med likartade varor. Avtalet avser inga varor.

Det är fel att den synnerliga brådskan skulle bero på någon bristande planering eller förutsebarhet från kommunens sida. Förvaltningsrätten har inte beaktat att kommunen vänt sig till samtliga åtta ramavtalsleverantörer innan avtalet ingicks. Konkurrentverket har inte gjort gällande att kommunens ramavtalsleverantörer inte skulle ha HVB-hem med den rätta inriktningen. Förvaltningsrätten har därför lagt omständigheter som inte har

åberopats av Konkurrensverket till grund för prövningen av om kommunen brutit mot annonseringsplikten. Förvaltningsrätten har beaktat även vad Konkurrensverket har fört fram om att kommunen genomfört direktupphandlingar av HVB-hem till omfattande belopp under perioden som föregick avtalet. Detta ligger utanför processramen i målet och det var fel av förvaltningsrätten att beakta det. Förvaltningsrättens bedömning att undantag på grund av synnerliga skäl inte är tillämpligt är felaktig.

Förvaltningsrätten har gjort en felaktig rättslig bedömning av hur upphandlingsskadeavgiftens storlek ska bestämmas. Av 21 kap. 4 § LOU framgår att avgiftens storlek inte får överstiga tio procent av upphandlingens värde. Kommunen anser att det är kontraktsvärdet, dvs. avtalets värde, som ska ligga till grund för bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Förvaltningsrätten har gjort bedömningen att det inte är fråga om ett ringa fall. I sin bedömning har förvaltningsrätten beaktat att det rör sig om en otillåten direktupphandling, att den inriktning på HVB-hem som kommunen var i behov av inte fanns upphandlad vid den aktuella tidpunkten och att den brådska som funnits till viss del får anses ha orsakats av kommunen. Inte någon av dessa omständigheter är av relevans för frågan om det är ett ringa fall. Därutöver är bestämmelsen i 21 kap. 5 § andra stycket LOU tillämplig, oaktat vilken av punkterna i 21 kap. 1 § LOU som ansökan om upphandlingsskadeavgift grundar sig på. I målet är det fråga om en upphandling av en tjänst som omfattas av bilaga 2 till LOU, dvs. en sådan tjänst som inte har något gränsöverskridande intresse och inte omfattas av de direktivstyrda reglerna. Det utgör ett skäl till att det i målet är fråga om ett ringa fall. Ytterligare skäl till att det ska anses vara fråga om ett ringa fall är de förmildrande omständigheter som kommunen har åberopat i målet. Av 21 kap. 5 § LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften får efterges om det finns synnerliga skäl. Enligt förarbetena föreligger synnerliga skäl och anledning att helt efterge avgiften om myndigheten anser sig tvungen att

direktupphandla exempelvis för att människors liv och hälsa annars skulle riskeras (prop. 2009/10:180 s. 370). Det är precis en sådan situation som är för handen i målet. Det är inte visat att överträdelsen är en del av ett upprepat beteende.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Prövningstillstånd

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd och tar direkt upp målet till avgörande.

Domförhet

Förvaltningsrätten har avgjort målet utan nämndemän. En förvaltningsrätt är enligt 17 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar (LAFD) domför med en lagfaren domare och tre nämndemän, om inte annat följer av bl.a. 18 § samma lag. Av 18 § andra stycket LAFD framgår att om det inte är påkallat av särskild anledning att målet prövas av fullsutten rätt, är en förvaltningsrätt domför med en lagfaren domare ensam vid beslut som inte innefattar prövning av målet i sak. Det som anges i andra stycket gäller bl.a. också vid avgörande i sak av de måltyper som räknas upp i 18 § fjärde stycket LAFD. Mål enligt LOU är en av dessa måltyper (femte punkten). Exempel på särskilda skäl kan vara att målet är svårbedömt eller att ett avgörande är av särskild betydelse för enskild part (prop. 1971:14 s. 67). Kammarrätten bedömer att det inte finns sådana särskilda skäl som har motiverat att förvaltningsrätten skulle ha avgjort målet i fullsutten rätt. Yrkandet om återförvisning på denna grund ska därför avslås.

Upphandlingsskadeavgift

Tjänstens karaktär och fråga om återförvisning

Kammarrätten gör ingen annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort i fråga om att det aktuella avtalet utgör ett tjänstekontrakt och att tjänsten omfattas av bilaga 2 till LOU. Enligt kammarrätten finns det inte skäl att återförvisa målet för prövning med anledning av kommunens invändning i förvaltningsrätten att det aktuella avtalet skulle utgöra en icke-ekonomisk tjänst. Yrkandet om återförvisning på denna grund ska därför avslås.

Förutsättningar för upphandlingsskadeavgift

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det finns grund för att beräkna upphandlingens värde med beaktande av samtliga direktupphandlingar av HVB under den tolv månaders period som föregått avtalet med stöd av 5 kap. 11 § LOU. I likhet med förvaltningsrätten bedömer kammarrätten att dessa kontrakt till sin karaktär är liknande och att placeringarna skett regelbundet. Kammarrätten gör ingen annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort i fråga om undantag från annonseringsskyldighet på grund av synnerlig brådska eller synnerliga skäl. Det finns därför förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Påförande av upphandlingsskadeavgift och avgiftens storlek

Enligt 21 kap. 4 § LOU (i dess lydelse före den 1 januari 2024) ska upphandlingsskadeavgiftens storlek uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. LOU. Beräkningen ska alltså göras med tillämpning av 5 kap. LOU (prop. 2021/22:5 s. 221). Upphandlingens värde har bestämts med stöd av 5 kap. 11 § LOU. Detta värde ska även ligga till grund för bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Enligt kammarrättens mening saknas anledning att vid den nu aktuella prövningen beakta den tidigare upphandlingsskadeavgiften år 2021 som en del av ett upprepat beteende. Kammarrätten instämmer dock även med hänsyn till detta i övrigt i förvaltningsrättens bedömning att överträdelsen varken utgör ett ringa fall eller att det finns synnerliga skäl för att upphandlingsskadeavgiften ska efterges. I fråga om upphandlingsskadeavgiftens storlek gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.

Överklagandet ska därför i sin helhet avslås.

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

I avgörandet har deltagit kammarrättsråden Maria Ringvall (ordförande) och Ulrika Melander (referent) samt tf. assessorn Jonatan Jakobsson.

Föredragande har varit föredragande juristen Maria Wetterholm.