



KLAGANDE

Huddinge kommun

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsdotter och Elin Nilsson

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 fullsuttens 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 jämföras 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 fullsuttens 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 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 Konkurrensverket har lagt till grund för sin ansökan om upphandlingskadeavgift 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 upphandlingskadeavgift har den upphandlande myndigheten redan genomfört anskaffningen enligt det eller de avtal som omfattas av Konkurrensverkets 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 Konkurrensverkets 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. Konkurrensverket 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 fullsuttен 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 fullsuttен 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 månadersperiod 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.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 6

DOM
2025-08-01
Meddelad i Stockholm

Mål nr
9160-24

SÖKANDE
Konkurrensverket

MOTPART
Huddinge kommun

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter och biträdande jurist Mana Shahnava

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Huddinge kommun ska betala 2 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1
Telefon
08-561 680 00

Öppettider
måndag–fredag
08:00–16:00

Postadress
115 76 Stockholm

E-post
avd6.fst@dom.se
Webbplats
www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket yrkar att förvaltningsrätten med stöd av 21 kap. 1 § tredje punkten lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) beslutar att Huddinge kommun (kommunen) ska betala 2 000 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket för fram att kommunen har brutit mot 19 kap. 6 § LOU genom att den 17 juli 2023 ingå avtal om hem för vård eller boende (HVB) med en leverantör utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kommunen yrkar att förvaltningsrätten ska avslå ansökan eller 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. Kommunen för fram bland annat följande. Det har inte funnits någon annonseringsskyldighet och avtalet utgör därmed inte heller någon otillåten direktupphandling. Rätt till direktupphandling har vidare förelegat bland annat på grund av upphandlingens låga värde. Konkurrensverket hävdar att upphandlingens värde ska beräknas enligt bestämmelsen i 5 kap. 11 § LOU vilket är felaktigt då värdet av upphandlingen ska beräknas endast utifrån det aktuella avtalets värde. Det har också förelegat rätt till direktupphandling på grund av synnerlig brådska och synnerliga skäl. Det är i vart fall fråga om ett ringa fall och det finns även synnerliga skäl för eftergift. Sanktionsvärdet är också mycket lågt eftersom kommunen har haft ramavtal och försökt göra avrop från dessa. På grund av särskilda omständigheter och fara för människors liv och hälsa har kommunen inte haft möjlighet att utnyttja ramavtalen. Det finns inga försvärande omständigheter utan enbart förmildrande omständigheter. Vid fastställandet av avgiften ska slutligen beräkningen utgå från det belopp som kommunen faktiskt köpt tjänster för enligt avtalet som är grunden för ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlingen påbörjades under år 2023 och LOU är därmed tillämplig i sin lydelse vid den tidpunkten (se övergångsbestämmelserna till lagen [SFS 2023:815] om ändring i LOU).

Av vid tidpunkten gällande lydelse av bestämmelserna framgår följande.

I 21 kap. 1 § tredje punkten LOU anges att en allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt bland annat 19 kap. 6 § LOU.

Av 21 kap. 4 § LOU följer vidare att om förvaltningsrätten beslutar att en upphandlande myndighet ska åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift ska avgiften uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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 (21 kap. 5 § LOU).

Det är Konkurrensverket som har bevisbördan för att det finns förutsättningar att ta ut upphandlingsskadeavgift.

Har ansökan kommit in i tid och är den riktad mot rätt part?

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift kom in till domstolen den 14 maj 2024. Såvitt

framkommit av handlingarna i målet har kommunen ingått det aktuella avtalet den 17 juli 2023. Ansökan har därmed kommit in inom ett år från det att avtalet slöts vilket innebär att den kommit in i rätt tid (se 21 kap. 7 § LOU i sin tillämpliga lydelse).

Frågan är därefter om ansökan är riktad mot rätt part. Kommunen för fram att det är socialförvaltningen och därmed Socialnämnden i Huddinge kommun som är upphandlande myndighet i det aktuella fallet, medan Konkurrensverket anser att kommunen ska ses som upphandlande myndighet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är Huddinge kommun som anges som part i det i målet aktuella avtalet. Enligt domstolens bedömning framkommer det vidare inte av utredningen att Huddinge kommuns nämnder genomför sina upphandlingar självständigt (jfr. HFD 2018 ref. 67). I Upphandlings- och inköspolicy för Huddinge kommun anges tvärtom att ”Huddinge kommun ska utgöra en upphandlande myndighet enligt definitionen i LOU”. Förvaltningsrätten instämmer mot den bakgrunden i Konkurrensverkets bedömning att Huddinge kommun ska ses som upphandlande myndighet och därmed rätt motpart i målet.

Har det varit fråga om en otillåten direktupphandling?

Av handlingarna i målet framgår att kommunen den 17 juli 2023 ingick ett avtal om en HVB-placering med en viss leverantör. Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt att det inte skedde någon annonsering innan avtalet ingicks och att det följer av 19 kap. 6 § LOU att en upphandling som huvudregel ska annonseras. Frågan är därför om det, så som kommunen har fört fram, förelegat en rätt till direktupphandling enligt 19 a kap. LOU på grund av upphandlingens värde eller av andra skäl.

Värdet av upphandlingen

Konkurrensverket och kommunen har båda bedömt att det aktuella avtalet utgör ett tjänstekontrakt och att tjänsten omfattas av bilaga 2 till LOU. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Enligt 19 a kap. 2 § LOU får direktupphandling av tjänster av det slag som anges i bilaga 2 användas om värdet av upphandlingen inte överstiger tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 § LOU. Vid tidpunkten för det aktuella avtalet uppgick tröskelvärdet till 7 802 550 kr. Konkurrensverket har fört fram att värdet av den aktuella upphandlingen överstiger tröskelvärdet medan kommunen anser att värdet understiger tröskelvärdet.

Av 5 kap. 3 § LOU framgår bland annat att värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de tjänstekontrakt som ingår i upphandlingen. Det framgår dock av 5 kap. 11 § LOU att värdet av ett tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid ska uppskattas enligt någon av två angivna alternativa metoder. En av dessa metoder är att värdet uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet.

Konkurrensverket har, med hänvisning till denna metod, beräknat upphandlingens värde med beaktande av samtliga direktupphandlingar av HVB under den tolv månadersperiod som föregått avtalet. Konkurrensverket har vidare hänvisat till en redogörelse från kommunen enligt vilken kommunen ska ha direktupphandlat tjänsten HVB till ett värde av 24 978 183 kr under perioden 18 juli 2022 till 17 juli 2023. Konkurrensverket har inte funnit skäl att

ifrågasätta kommunens sammanställning och bedömt att värdet av upphandlingen därmed uppgår till 24 978 183 kr.

Kommunen har fört fram att det är felaktigt att beräkna värdet av upphandlingen enligt 5 kap. 11 § LOU och att värdet i stället ska beräknas enbart utifrån det avtal som ansökan grundas på. Kommunen har därtill fört fram bland annat följande i denna del. Avtalet är resultatet av en direktupphandling som kommunen har genomfört specifikt utifrån den enskilda individens behov och de särskilda omständigheterna i just det aktuella fallet. När kommunen genomförde direktupphandlingen uppskattades därför upphandlingens värde enligt huvudregeln i 5 kap. 3 § LOU. Den sammanställning avseende direktupphandlingar av HVB-hem som Konkurrensverket hänvisar till kan inte läggas till grund för att uppskatta avtalets värde. Sammanställningen innehåller flera olika typer av tjänstekontrakt och enbart ett av dessa tjänstekontrakt avser HVB-hem med den aktuella specialiseringen. HVB-hem är specialiserade inom olika områden och en placering som fungerar för en individ fungerar inte nödvändigtvis för en annan. Barnets bästa ska vara avgörande i varje enskilt fall. Det aktuella avtalet är därför inte ett sådant varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid. Även kommunens övriga direktupphandlingar avseende HVB-boenden är individanpassade. De återkommer heller inte regelbundet och de ska i normalfallet inte heller förnyas inom en viss tid. Tjänsterna kan visserligen ingå i en och samma ramavtalsupphandling och röra samma CPV-kod. Det rör sig dock om olika ramavtal som rör olika anbudsområden med flera olika CPV-tilläggs-koder.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning i denna del. Det bakomliggande direktivet till LOU, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet), ger inte någon konkret vägledning i fråga om vilka tjänstekontrakt som ska räknas samman vid beräkningen av tröskelvärdena. Av skäl 19 framgår dock att likartade varor bör förstås som varor som är avsedda för

identisk eller likartad användning, till exempel varor som utgörs av ett antal livsmedel eller av olika kontorsmöbler. En ekonomisk aktör som är verksam på det berörda området skulle i typfallet troligtvis ha sådana varor i sitt normala varuutbud.

Domstolen ifrågasätter inte att tjänstens karaktär i de nu aktuella fallen styrs utifrån enskilda individers behov. Det framgår dock av utredningen att kommunen idag har ramavtal som omfattar HVB-hem med ett antal olika inriktningar och med olika leverantörer. Domstolen konstaterar vidare att samtliga nu aktuella tjänstekontrakt har tecknats i syfte att tillgodose kommunens behov av HVB-placeringar. Det rör sig alltså om kontrakt som till sin karaktär är liknande. Förvaltningsrätten bedömer vidare att det framgår av kommunens egen redogörelse att placeringar i HVB-hem har genomförts kontinuerligt och regelbundet under den period som granskats. Förvaltningsrätten bedömer att Konkurrensverket mot den bakgrunden har haft grund för att med stöd av 5 kap. 11 § LOU beräkna upphandlingens värde med beaktande av samtliga direktupphandlingar av HVB-placeringar under den tolv månadersperiod som föregått avtalet. Vad kommunen i övrigt fört fram i denna del medför inte någon annan bedömning.

Konkurrensverkets beräkning bygger på en redogörelse från kommunen avseende till vilket värde kommunen har direktupphandlat tjänsten HVB under den aktuella perioden. Förvaltningsrätten finner, i likhet med Konkurrensverket, inte skäl att ifrågasätta beloppet som sådant.

Upphandlingens värde ska därför uppskattas till 24 978 183 kr. Beloppet överstiger därmed direktupphandlingsgränsen och upphandlingen skulle därför, förutsatt att det inte finns något annat tillämpligt undantag, ha annonserats.

Övriga undantag från skyldigheten att annonsera

Direktupphandling får enligt 19 a kap. 5 § första punkten LOU användas om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig. Enligt tredje punkten får direktupphandling användas om det finns synnerliga skäl.

Konkurrensverket för fram att det inte funnits stöd för att underlåta annonsering på grund av synnerlig brådska eller synnerliga skäl.

Konkurrensverket för bland annat fram följande i denna del. Av beslutsstödet till avtalet framgår att orsaken till direktupphandlingen har varit att kommunen av någon orsak inte korrekt upphandlat det aktuella verksamhetsbehovet. Av rapport från en granskning som genomförts på uppdrag av kommunrevisorn framgår därtill att kommunen har direktupphandlat HVB-placeringar till mycket stora belopp under flera års tid och att kostnaderna för direktupphandlade placeringar har varit avsevärt mycket högre än för de placeringar som avropats från ramavtal. Av granskningsrapporten framgår att direktupphandlingar utgör större delen av kommunens kostnader för institutionsplaceringar. Under år 2020 var kostnaden för direktupphandlade institutionsplaceringar 39 000 000 kr. Motsvarande kostnad under år 2021 och 2022 var 30 000 000 respektive 31 000 000 kr.

Kommunen för fram följande i denna del. Avtalet avser en akut omplacering med stöd av LVU. I detta fall beror den synnerliga brådskan inte på någon bristande planering eller organisation från kommunens sida utan tvärtom på att ingen av ramavtalsleverantörerna hade möjlighet att ta emot en enskild individ med det specifika vårdbehovet vid det specifika tillfället. Om omplacering inte hade skett hade det förelegat risk för den enskilda individens liv och hälsa. Kommunen har flera ramavtalsleverantörer inom olika avtalsområden avseende

HVB. På grund av tjänstens karaktär är det dock svårt, för att inte säga omöjligt, att uppnå en fullständig behovstäckning genom de upphandlade ramavtalen. Det råder också brist på platser. Kommunen vände sig till alla upphandlade ramavtalsleverantörer inom aktuellt avtalsområde men ingen av dessa hade möjlighet att ta emot individen i fråga. Undantaget för synnerliga skäl är avsett att tillämpas i en situation som denna, där det på grund av den enskildes behov endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I det beslutsstöd som kommunen dokumenterat direktupphandlingen genom anges att placeringen föranleddes av ett behov av placering på ett HVB-hem för enbart ett visst kön och med en viss inriktning samt att någon sådan verksamhet inte fanns upphandlad vid den aktuella tidpunkten. Domstolen ifrågasätter inte att det är svårt att uppnå en fullständig behovstäckning avseende HVB-hem genom ramavtal. Det aktuella avtalet gäller dock enligt domstolens mening ett sådant HVB-hem som kommunen borde ha kunnat förutse att det skulle kunna finnas behov av, särskilt som det generellt ställs höga krav på en upphandlande myndighets planering. Förvaltningsrätten bedömer att det därför inte varit fråga om synnerlig brådska som beror på omständigheter som varken kan tillskrivas eller har kunnat förutses av kommunen. Vad som framkommit om att kommunen innan avtalet ingicks kontaktade åtta ramavtalsleverantörer inom ramavtalsområdet ”Behandling, psykosociala problem i kombination med neuropsykiatriska funktionsnedsättningar och/eller psykisk problematik övriga Sverige” medför inte någon annan bedömning, då det inte framkommit att det rört sig om HVB-hem med den rätta inriktningen. Förvaltningsrätten beaktar i bedömningen även vad Konkurrensverket fört fram om att kommunen har genomfört direktupphandlingar av HVB-hem till omfattande belopp under den period som föregått avtalet. Förvaltningsrätten bedömer sammantaget, i likhet med Konkurrensverket, att undantaget från skyldigheten att annonsera på grund av synnerlig brådska inte är tillämpligt.

Domstolen instämmer även i Konkurrensverkets bedömning att undantaget på grund av synnerliga skäl inte är tillämpligt i detta fall. Enligt domstolens bedömning saknas det stöd i utredningen för det kommunen för fram om att situationen varit sådan att det endast funnits ett möjligt vårdalternativ på grund av den enskildes behov (jfr prop. 2009/10:180 s. 344 f.) Det har inte heller framkommit att detta undantag är tillämpligt av andra skäl eller att det funnits något annat tillämpligt undantag från kravet på annonsering. Kommunen har därmed genomfört en otillåten direktupphandling. Förutsättningarna för att besluta om en upphandlingsskadeavgift är därför uppfyllda.

Överträdelsens sanktionsvärde och avgiftens storlek

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek 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.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 197 f. och 369 f.) framgår bland annat följande. Utrymmet för att anse en överträdelse som ringa är ytterst begränsat och kan endast gälla i undantagsfall. En upphandlingsskadeavgift kan efterges om det finns synnerliga skäl. Att efterge avgiften på grund av synnerliga skäl kan endast göras i rena undantagsfall när till exempel människors liv eller hälsa annars skulle riskeras och det skulle framstå som orimligt eller stötande att upphandlingsskadeavgift skulle tas ut. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek har domstolen ett stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvärande som förmildrande omständigheter. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Otillåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna

inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Upprepat beteende bör ses som en försvårande omständighet.

Konkurrensverket har vid bestämmandet av avgiftens storlek beaktat följande. Det är fråga om en otillåten direktupphandling och sanktionsvärdet är därför som utgångspunkt högt. Omständigheterna är inte sådana att det kan bli fråga om eftergift. Det är inte heller fråga om ett ringa fall. Det har framkommit att kommunen har direktupphandlat avtal avseende HVB-placeringar till stora värden under flera års tid. Kommunen har även dömts att betala upphandlingsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling en gång tidigare vilket är en försvårande omständighet. Konkurrensverket har förståelse för att det är svårt att upphandla den aktuella tjänsten och att kommunen kan ställas inför svåra utmaningar vid specifika placeringar. Tjänsternas karaktär kan dock inte motivera att använda direktupphandling i den omfattning och på det sätt som skett.

Kommunen har fört fram bland annat följande i denna del. Beräkningen av upphandlingsskadeavgiften ska utgå från det belopp som kommunen faktiskt köpt tjänster för enligt avtalet som är grunden för ansökan. Det saknas rättslig grund för att vid bestämmande av upphandlingsskadeavgiftens storlek beakta andra avtal som den upphandlande myndigheten har ingått. Kommunen har haft ramavtal och försökt att göra avrop från dessa. På grund av särskilda omständigheter och fara för människors liv och hälsa har kommunen dock inte haft möjlighet att utnyttja ramavtalen. Det utgör förmildrande omständigheter som bör medföra att avgiften ska sättas ned väsentligt i förhållande till det yrkade beloppet. Det finns vidare inga försvårande omständigheter. Den omständigheten att kommunen har genomfört direktupphandlingar med stöd av LOU saknar betydelse för fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Alla dessa direktupphandlingar har varit tillåtna. Att kommunen har dömts att betala upphandlingsskadeavgift en gång tidigare saknar också betydelse då det

rörde sig om snöröjning och den aktuella nämnden var en annan och utgjorde en separat upphandlande myndighet. Det är också fråga om ett oklart rättsläge.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten anser att det inte är fråga om ett ringa fall. Vid den bedömningen beaktar domstolen särskilt att det rör sig om otillåten direktupphandling. Domstolen bedömer vidare att det finns stöd i handlingarna för att den inriktning på HVB-hem som kommunen var i behov av inte fanns upphandlad vid den aktuella tidpunkten. Den brådska som funnits får därmed åtminstone till viss del anses ha orsakats av kommunen.

Förvaltningsrätten anser att det följer av hänvisningen i 21 kap. 4 § LOU att samtliga bestämmelser i 5 kap. som rör värdet av en upphandling ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek. Beloppet ska i detta fall alltså inte avgränsas till det avtal som Konkurrensverket har riktat sin ansökan mot (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2021 i mål nr 1304–20). Mot den bakgrunden ska i detta fall beloppet om 24 978 183 kr beaktas så som upphandlingens värde vid bestämmandet av storlek.

Domstolen konstaterar vidare att kommunen år 2021, genom en lagakraftvunnen dom, har förpliktats att betala en upphandlingsskadeavgift på grund av en otillåten direktupphandling. Det talar enligt domstolens bedömning för att direktupphandlingen är en del av ett upprepat beteende. Av handlingarna framgår vidare att kommunen har direktupphandlat HVB-placeringar i en mycket stor omfattning. Det talar enligt domstolens bedömning emot att det i detta fall varit fråga om ett undantagsfall. Omständigheterna är därmed inte heller sådana att det framstår som orimligt eller stötande att en upphandlingsskadeavgift tas ut. Det finns därför inte skäl att efterge avgiften på grund av synnerliga skäl.

Att överträdelsen framstår som en del av ett upprepat beteende är försvårande. Vad kommunen fört fram som förmildrande omständigheter saknar vidare enligt domstolens bedömning tillräckligt stöd i handlingarna. Överträdelsen är enligt domstolen klar. Vid en samlad bedömning anser förvaltningsrätten därför att kommunens överträdelse framstår som allvarlig.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att en upphandlingsskadeavgift på 2 000 000 kr, som heller inte överstiger 10 procent av upphandlingens värde, får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till överträdelsens allvar. Vad kommunen fört fram i övrigt innebär inte att det finns skäl för nedsättning av avgiften.

Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift ska därför bifallas i sin helhet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anna Björklund
Rådman

Förvaltningsrättsfiskalen Linn Nordqvist 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 rättstillämpningen.
- 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.



Hur man överklagar

KR-01

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga 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 en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller

att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser, och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.