



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 32

**DOM**  
2018-03-27  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
22458-17

**SÖKANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms kommun  
105 35 Stockholm

Ombud: Stadsadvokat Eva Granbohm  
Stadsledningskontorets juridiska avdelning  
105 35 Stockholm

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Stockholms kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 2 500 000 kronor.

## BAKGRUND

Under 2016 annonserade Stockholms kommun en upphandling av persontransporter genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen avbröts eftersom anbudspriserna var alltför höga. Stockholms kommun påbörjade därefter en upphandling utan föregående annonsering med hänsyn till att kommunen inte skulle kunna hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade, efter ansökan om överprövning av upphandlingen, i dom den 29 november 2016 i mål nr 23084-16 att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten fann att den tidsbrist som förelåg kunde hänföras till Stockholms kommuns handlande samt att omständigheterna måste ha varit förutsebara. Eftersom att förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen skulle göras om, samtidigt som avtalen med befintlig leverantör löpte ut den 31 januari 2016, ingick Stockholms kommun avtal om utförande av persontransporter som löper under perioden 1 januari – 5 november 2017 med möjlighet till förlängning med en månad i taget i högst sex månader. Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade, efter ansökan om överprövning av giltigheten av kommunens avtal, i dom den 13 mars 2017 i mål nr 1196-17 att Stockholms kommun hade genomfört en otillåten direktupphandling samt att förutsättningar för ogiltigförklaring förelåg. Förvaltningsrätten beslutade dock att avtalen skulle bestå eftersom det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

## YRKANDEN M.M.

**Konkurrensverket** yrkar att förvaltningsrätten, enligt 17 kap. 1 § 2 LOU, beslutar att Stockholms kommun ska betala 2 500 000 kronor i upphandlingskadeavgift.

Till stöd för sin talan anför Konkurrensverket bland annat följande. Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 13 mars 2017 i mål nr 1196-17 om överprövning av giltigheten av fyra avtal som ingåtts mellan Stockholms kommun och Samtrans AB (Samtrans) fastställt att avtalen får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet var uppfyllda. Förvaltningsrättens dom har vunnit laga kraft. Konkurrensverket ska i en sådan situation, enligt 17 kap. 2 § första stycket LOU, ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor och får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Kommunen har uppgett att det samlade värdet av avtalen med Samtrans, inklusive värdet av förlängningsoptionerna uppgår till 391 095 524 kronor. Konkurrensverket finner inte skäl att ifrågasätta uppgiften. Eftersom kontraktsvärdet överstiger 100 000 000 kronor ska hela intervallet som anges i LOU beaktas.

Konkurrensverket anser, vid en samlad bedömning, att sanktionsvärdet för överträdelsen är relativt lågt. Detta grundas främst på att kommunens avsikt varit att genomföra en upphandling enligt LOU samt att de direktupphandlade avtalen endast varit avsedda att täcka behovet under den begränsade tid en ny upphandling genomförs. Avtalens höga värde om närmare 400 miljoner kronor i kombination med att kommunen i huvudsak själv försatt sig i den aktuella situationen kräver dock att avgiften inte sätts alltför lågt. Stockholms kommun inledde under 2016 ett annonserat upphandlingsförfarande och hade därmed för avsikt att följa LOU vid ingåendet av avtal. Kommunen valde dock att avbryta upphandlingen och har uppgett att kommunen inte haft anledning att räkna med att anbudet i den avbrutna upphandlingen skulle vara betydligt dyrare än det befintliga avtalet. Flera av de faktorer som av anbudsgivarna utpekats som fördyrande utgörs dock av villkor som

kommunen beslutat ska ingå i upphandlingens förfrågningsunderlag. Kommunen var inte heller tvingad att avbryta upphandlingen utan valde att göra så. Angående att kommunen har tidsmässigt begränsat de direktupphandlade avtalen ska dock även sägas att om Stockholms kommun hade ingått avtal som avsåg en längre period än den som krävdes för att genomföra en ny upphandling hade detta varit att se som en påtagligt försvårande omständighet. Den konkurrensutsättning som Stockholms kommun har gjort kan aldrig ersätta ett annonserat förfarande enligt LOU. Stockholms kommun har också anfört att de aktuella avtalen var nödvändiga att tilldela. Konkurrensverket anser inte att förekomsten av tvingande hänsyn är en faktor som ska påverka sanktionsvärdet i mål om upphandlingsskadeavgift. Kommunen har redan i den underliggande domen kunnat tillgodoräkna sig att det rörde sig om ett viktigt samhällsintresse och därmed undgått att drabbas av att avtalen ogiltigförklaras. En upphandlande myndighet ska inte få tillgodoräkna sig den tvingande hänsynen två gånger. Ett synsätt, där förekomsten av tvingande hänsyn utgör en förmildrande omständighet i mål om upphandlingsskadeavgift, skulle även medföra att behovet av det aktuella inköpet styr hur pass allvarlig överträdelse en viss otillåten direktupphandling bedöms vara. Detta skulle sätta avgiftsreglernas avskräckande syfte ut spel för myndigheter vars upphandlingar avser viktiga samhällsfunktioner. Att avtalen har fått bestå i aktuell situation motiverar därmed inte en sänkning av avgiften. Sanktionsvärdet bör dessutom påverkas av att kommunens servicenämnd vid ett tidigare tillfälle har brutit mot LOU genom att göra en otillåten direktupphandling av avtal om persontransporter (se Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15). Denna form av upprepat beteende är en försvårande omständighet. Det saknar även betydelse huruvida det är samma specifika överträdelse som upprepas. Det som istället är relevant är att en viss myndighet upprepat har brutit mot LOU. Upphandlingsskadeavgiften måste anses syfta till att upphandlande myndigheter generellt ska avhålla sig från att göra otillåtna direktupphandlingar och inte bara från att återigen ingå exakt samma typ av otillåtna avtal.

Vad gäller ringa fall understryks det i lagens förarbeten att det är endast i sällsynta fall som frågan om någon avgift överhuvudtaget ska påföras kan bli aktuell. Inte någon av de omständigheter som kommunen har anfört är av sådan extraordinär karaktär att någon avgift inte ska utgå. Det ska även noteras att Konkurrensverket vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde funnit att det förelegat vissa förmildrande omständigheter. Vid normalöverträdelser har domstolar ofta fastställt upphandlingsskadeavgiften till belopp som motsvarar 7-8 procent av det aktuella kontraktsvärdet. I förevarande fall motsvarar avgiften cirka 0,65 procent av de direktupphandlade avtalens värde. Den yrkade avgiften återspeglar fullt ut de förmildrande omständigheter som föreligger i målet. Några förutsättningar för att underlåta avgift eller att bestämma avgiften till ett lägre belopp föreligger inte heller. När det gäller eftergift på grund av synnerliga skäl är utrymmet mindre än att besluta om att en upphandlande myndighet ska undgå att betala en upphandlingsskadeavgift. Situationer som åsyftas är sådana där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften, dvs. rena undantagsfall. Det föreligger inte några sådana skäl i detta mål. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att en upphandlingsskadeavgift om 2 500 000 kronor är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

**Stockholms kommun** bestrider bifall till Konkurrensverkets ansökan och yrkar i första hand att någon avgift inte ska beslutas. I andra hand yrkar Stockholms kommun att avgiften ska efterges eller i vart fall jämkas. Till stöd för sin talan anför Stockholms kommun bland annat följande. Stockholms kommun gör i första hand gällande att överträdelsen är ringa varför någon avgift inte ska beslutas och i andra hand att det föreligger synnerliga skäl för att efterge avgiften eller i vart fall jämka avgiften.

Stockholms kommun anser att det föreligger flera förmildrande omständigheter vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är. De direktupphandlade avtalen är tidsbegränsade och gäller bara till dess att avtal efter en

annonserad upphandling kan börja gälla. Sedan förvaltningsrätten beslutat att upphandlingen skulle göras om uppstod en situation där det var nödvändigt att träffa avtal för att Stockholms kommun skulle kunna tillgodose behovet av persontransporter. Kommunen tog vid detta tillfälle kontakt med samtliga kända leverantörer i branschen, men det vara bara två som var intresserade av att teckna avtal. Stockholms kommun har hela tiden beaktat den konkurrens som, såvitt kommunen känner till, finns i branschen. Stockholms kommun anser, till skillnad från vad Konkurrensverket anför, att det tvingande allmänintresset som har gjort att avtalen fått bestå, också ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingskadeavgiften. Avtalen avsåg tjänster som det absolut inte funnits någon möjlighet att vänta med att upphandla. Kommunen har gjort allt som varit möjligt under rådande situation för att följa reglerna i LOU.

De direktupphandlande avtalen har sitt ursprung i att Stockholms kommun tvingades avbryta den annonserade upphandlingen på grund av att de inkomna anbuden var alltför dyra i jämförelse med tidigare avtal. Stockholms kommun kunde inte förutse att villkoren i upphandlingen skulle komma att medföra den fördyring som blev fallet. De erbjudna priserna var mer än dubbelt så höga jämfört med det tidigare avtalet. De skulle ha varit omöjliga att finansiera inom ramen för budgeten utan att det skulle ha fått omfattande följder för den övriga omsorgsverksamheten. Konkurrensverket anför som skäl för att upphandlingsavgiften ska sättas relativt högt bland annat det upprepade förfarandet av kommunen. Den tidigare situationen skiljer sig dock väsentligen från den nu aktuella. I det tidigare fallet genomförde Stockholms kommun en upphandling utan föregående annonsering för att kommunen gjort en partiell hävning av avtalet på grund av att den befintliga leverantören brast i sina åtaganden enligt avtalet. Omständigheterna vid den tidigare direktupphandlingen var därmed helt annorlunda och ska därför inte läggas Stockholms kommun till last som ett upprepat förfarande.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Rättslig reglering

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och ersatte LOU. Av övergångsbestämmelserna till nya lagen framgår att LOU gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den äldre lagen blir därmed tillämplig i detta mål.

Av 17 kap. 1 § 2 LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift) om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmän-intresse enligt 16 kap. 14 §.

Av 17 kap. 2 § framgår att tillsynsmyndigheten hos allmän förvaltningsdomstol ska ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlings-skadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Av 17 kap. 4 § LOU framgår att upphandlings-skadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställandet av upphandlings-skadeavgiftens 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.

Av förarbetena framgår bland annat följande. Ett av syftena med upphandlings-skadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften be-

stäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Hänsyn ska tas till både förmildrande och försvårande omständigheter. Syftet är att ju allvarigare 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. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. 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. 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. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten som exempelvis upprepade överträdelser 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 (se prop. 2009/10:180 s. 196 ff. och s. 369 f.).

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 och utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat. Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften även 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 (se prop. 2009/10:180 s. 198 f.).



### Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det föreligger förutsättningar för att med stöd av 17 kap. 1 § 2 LOU besluta om upphandlingsskadeavgift, eftersom att avtal enligt ett lagakraftvunnet avgörande har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket lagt till grund för sin ansökan om upphandlingsskadeavgift ska inte göras (se HFD 2014 ref. 49).

Stockholms kommun har uppgett att det samlade värdet av de aktuella avtalen, inklusive förlängningsoptioner, uppgår till 391 095 524 kronor, vilket inte har ifrågasatts. Förvaltningsrätten anser att mot bakgrund av att den otillåtna direktupphandlingen inte legat utanför vad Stockholms kommun själv kunnat förutse och påverka samt då avtalens värde är mycket högt att den aktuella överträdelsen inte anses vara ringa (jämför HFD 2014 ref. 49). Det finns därför grund för att ålägga Stockholms kommun att betala en upphandlingsskadeavgift. Frågan i målet är därmed vilket sanktionsvärde den aktuella överträdelsen har.

En upphandlingsskadeavgift ska bestämmas efter en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet och bestämmas utifrån överträdelsens allvar.

Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Sanktionsvärdet bör därför som utgångspunkt bedömas som högt. Förvaltningsrätten anser dock, likt Konkurrensverket, att det finns flera förmildrande omständigheter som påverkar upphandlingsskadeavgiftens storlek i aktuellt mål. Stockholms kommuns avsikt har varit att genomföra en upphandling enligt LOU. De direktupphandlade avtalen har även varit tidsbegränsade och endast varit avsedda att täcka behovet medan en ny upphandling genomförs.

Förvaltningsrätten anser att det dock inte går att bortse från det mycket höga värde som de direktupphandlande avtalen motsvarar och inte heller från att kommunen i huvudsak själv försatt sig i den aktuella situationen. Kommunen behövde inte, men valde att avbryta den aktuella upphandlingen på grund av att anbuden var betydligt dyrare än i det befintliga avtalet. Det är dock kommunen som har beslutat vilka villkor som skulle ingå i upphandlingens förfrågningsunderlag. Stockholms kommun har dessutom vid ett tidigare tillfälle brutit mot LOU genom att göra en otillåten direktupphandling av avtal om persontransporter (se Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15). Upphandlingsskadeavgiften syftar till att få myndigheter att avhålla sig från att bryta mot LOU och förvaltningsrätten anser därför att det saknar betydelse att situationerna i de båda överträdelserna skiljde sig åt något. Ett sådant upprepat beteende är en försvårande omständighet.

Det ska i sammanhanget även nämnas att den föreslagna upphandlingsskadeavgiften om 2 500 000 kronor motsvarar cirka 0,64 procent av de direktupphandlade avtalens värde. Även om den aktuella avgiften är hög är den förhållandevis låg i förhållande till värdet av de ingångna avtalen.

Stockholms kommun har även anfört att avtalen var nödvändiga att tilldela och att det tvingande allmänintresset som har gjort att avtalen fått bestå, också ska beaktas vid bestämmandet av upphandlingsskadeavgiften. Förvaltningsrätten anser att den omständigheten att avtalen har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte i sig utgör en förmildrande omständighet. Omständigheten har dels redan beaktats då de direktupphandlande avtalen fått bestå trots att förutsättningar för ogiltigförklaring förelåg och dels för att omständigheten inte har något direkt samband med om den upphandlande myndighetens agerande har varit ursäktligt eller klandervärt (jämför Kammarrätten i Göteborgs domar den 26 februari 2014 i mål nr 5703-13 samt den 2 december 2012 i mål nr 4915-13).

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att den yrkade upphandlingsskadeavgiften framstår som effektiv, proportionerlig samt att den fyller det allmänpreventiva syfte som varit lagstiftarens mening. Det som kommit fram i målet utgör inte heller sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det finns därför inte förutsättningar för eftergift av avgiften. Konkurrensverkets ansökan ska därmed bifallas och Stockholms kommun ska därför betala en upphandlingsskadeavgift om 2 500 000 kronor.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

  
Eva Bäckström

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Erik Lindmark har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

---

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.