

# HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr  
122-18

meddelad i Stockholm den 20 november 2018

## **KLAGANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

## **MOTPART**

Stockholms kommun

Ombud: Jurist Lars Mattsson  
Stockholms kommun  
Box 8312  
104 20 Stockholm

## **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Kammarrätten i Stockholms dom den 18 december 2017 i mål nr 306-17

## **SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

---

## **HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE**

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

## **BAKGRUND**

En offentlig upphandling ska normalt annonseras. Om en upphandlande myndighet sluter ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering i en situation då detta inte är tillåtet (s.k. otillåten direktupphandling) får

Dok.Id 198248

**Postadress**  
Box 2293  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls torg 13

**Telefon**  
08-561 676 00

**E-post:**  
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se  
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

**Telefax**  
08-561 678 20

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00–16:30

Konkurrensverket ansöka om att myndigheten ska betala en upphandlings-skadeavgift.

Stockholms kommun har, genom sin fastighetsnämnd, ingått ett avtal om byggande av en bullerskyddsskärm. Avtalet föregicks inte av något annonserat upphandlingsförfarande. Konkurrensverket ansökte hos förvaltningsrätten om att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 100 000 kronor. Som grund för ansökningen anfördes att avtalet var att betrakta som en otillåten direktupphandling. Vid bedömningen av avgiftens storlek skulle enligt Konkurrensverket som en försvårande omständighet beaktas att kommunens idrottsnämnd tidigare hade gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten biföll ansökningen delvis och beslutade att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor. Förvaltningsrätten ansåg att fastighetsnämnden skulle ses som en egen upphandlande myndighet och att det därför saknades skäl att vid fastställande av storleken på avgiften beakta att en annan nämnd inom kommunen tidigare hade gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Kammarrätten instämde i den bedömningen.

#### **YRKANDEN M.M.**

*Konkurrensverket yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 100 000 kronor och anför följande.*

Vad som är en upphandlande myndighet avgörs ytterst av unionsrätten. Att det av förarbetena framgår att ambitionen har varit att använda begreppet myndighet på ett sätt som är förenligt med svensk rättstradition saknar därför betydelse vid tolkningen av begreppet upphandlande myndighet.

Fastighetsnämnden är inte så självständig att den kan ses som en egen upphandlande myndighet utan det är kommunen som sådan som är upphandlande myndighet i detta fall. Frågan om en nämnd utgör en egen upphandlande myndighet är dock inte i sig avgörande för om upprepade överträdelser inom en

och samma kommun kan beaktas som en försvårande omständighet när storleken på upphandlingsskadeavgiften bestäms. Det är kommunen som sådan, i egenskap av juridisk person, som åläggs att betala avgiften och den avskräckande effekt som avgiften medför drabbar alltså kommunen.

*Stockholms kommun* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Fastighetsnämnden är en kommunal myndighet. Kommunala myndigheter är enligt svensk rätt upphandlande myndigheter. Det framgår varken av lag eller av förarbeten att frågan om en kommunal myndighet också är en upphandlande myndighet ska avgöras utifrån en prövning av den kommunala myndighetens självständighet.

Eftersom fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet ska inte idrottsnämndens otillåtna direktupphandling belasta fastighetsnämnden när upphandlingsskadeavgiften bestäms.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Frågan i målet

Frågan i målet är om det vid bedömningen av storleken på den upphandlingsskadeavgift som ska betalas på grund av att en kommunal nämnd har genomfört en otillåten direktupphandling är en försvårande omständighet att en annan nämnd i samma kommun tidigare har gjort sig skyldig till en sådan överträdelse.

### Rättslig reglering m.m.

I målet är den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig. Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift finns i 17 kap. i lagen.

Av 1 § 3 följer att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift om myndigheten har slutit avtal

med en leverantör utan föregående annonsering i strid med vissa angivna bestämmelser i lagen.

I 4 § första stycket anges att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 5 § första stycket ska vid fastställande av avgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av förarbetena framgår att förhållandena hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet och att upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet (prop. 2009/10:180, del 1, s. 198 och 370).

Upphandlingsskadeavgiften är en s.k. alternativ sanktion enligt artikel 2e i direktiv 89/665/EEG (det första rättsmedelsdirektivet). Av den artikeln framgår att alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande samt att medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens agerande.

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU statliga och kommunala myndigheter. Enligt andra stycket ska vid tillämpningen av lagen vissa andra organ jämföras med myndighet. Paragrafen grundas på artikel 1.9 i det nu upphävda direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). Där definieras upphandlande myndigheter som statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ. Motsvarande bestämmelse finns numera i artikel 2.1 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.

I den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling finns definitionen av upphandlande myndighet i 1 kap. 22 § och reglerna om upphandlingsskadeavgift i 21 kap. Dessa bestämmelser överensstämmer i allt väsentligt med bestämmelserna i 2007 års lag.

**Högsta förvaltningsdomstolens bedömning***Ramen för processen*

Det är ostridigt att Fastighetsnämnden i Stockholms kommun har genomfört en otillåten direktupphandling och att det därmed finns förutsättningar för att besluta om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrätten och kammarrätten har beslutat att avgiften ska uppgå till 90 000 kr. Underinstansernas domar har överklagats bara av Konkurrensverket som yrkar att avgiften ska höjas till 100 000 kr. Processen i Högsta förvaltningsdomstolen gäller således avgiftens storlek inom intervallet 90 000 till 100 000 kr.

*Upprepade överträdelser som försvårande omständighet*

Konkurrensverket anför som skäl för att avgiften bör höjas att Idrottsnämnden i Stockholms kommun tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Av 17 kap. 5 § första stycket LOU och av bestämmelsens förarbeten framgår att storleken på upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas med hänsyn till hur allvarlig överträdelser är och att upprepade överträdelser av den upphandlande myndigheten bör ses som en försvårande omständighet. Att den upphandlande myndighetens agerande kan vägas in vid bedömningen har också stöd i artikel 2e i det första rättsmedelsdirektivet. Om idrottsnämnden och fastighetsnämnden ska anses vara delar av en och samma upphandlande myndighet, dvs. kommunen, finns därmed grund för att beakta idrottsnämndens tidigare överträdelse när avgiften för fastighetsnämndens överträdelse bestäms.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning kan dock – eftersom upphandlingsskadeavgiften tas ut av kommunen i egenskap av juridisk person – idrottsnämndens tidigare överträdelse beaktas även om de två nämnderna skulle anses vara egna upphandlande myndigheter. Högsta förvaltningsdomstolen anser emellertid att det i lagen och dess förarbeten saknas stöd för ett sådant synsätt.

Avgörande för om den otillåtna direktupphandling som idrottsnämnden tidigare har gjort sig skyldig till ska ses som en försvårande omständighet när avgiften för fastighetsnämndens överträdelse bestäms är därmed om det är kommunen eller fastighetsnämnden som ska anses vara upphandlande myndighet vid den nu aktuella upphandlingen.

*Direktivets betydelse vid tolkningen av definitionen av upphandlande myndighet*

Definitionen av upphandlande myndighet i 2 kap. 19 § första stycket LOU syftar till att genomföra artikel 1.9 i 2004 års upphandlingsdirektiv. En första fråga är vilken betydelse den bakomliggande direktivbestämmelsen har vid tolkningen av definitionen i den svenska lagen.

Definitionen av upphandlande myndighet i direktivet innehåller ingen hänvisning till nationell rätt. Det innebär att de begrepp som används i direktivbestämmelsen som utgångspunkt är unionsbegrepp som ska ges en unionsrättslig tolkning (se t.ex. Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, p. 35). Den svenska bestämmelsen ska sedan så långt det är möjligt tolkas i ljuset av direktivbestämmelsen.

EU-domstolen har i ett stort antal rättsfall tolkat definitionen av upphandlande myndighet. De flesta av dessa fall har avsett den del av definitionen som gäller offentligrättsliga organ (se t.ex. HFD 2016 ref. 67 för en sammanfattning av EU-domstolens praxis när det gäller den frågan). Men det finns också några fall där domstolen har bedömt om en upphandling har gjorts av en regional myndighet eller av ett organ som utgör en del av staten (se t.ex. kommissionen mot Belgien, C-323/96, EU:C:1998:411 och kommissionen mot Tyskland, C-126/03, EU:C:2004:728).

Gemensamt för de fall som har prövats av EU-domstolen är att de har rört frågan om ett visst organ över huvud taget faller in under upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Domstolen har då uttalat att för att direktivets syften ska uppnås så ska definitionen av upphandlande myndighet tolkas funktionellt och ges en stor räckvidd (se t.ex. LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, p. 31). Däremot

har domstolen inte haft anledning att ta ställning till om direktivregleringen har någon betydelse för en sådan fråga som är aktuell i detta mål, dvs. om ett visst organ ska anses vara en egen upphandlande myndighet eller en del av en större upphandlande myndighet.

Myndighetsstrukturen varierar mellan medlemsstaterna och det finns inte något enhetligt myndighetsbegrepp inom EU. Detta talar för att frågan om en viss del av den offentliga sektorn ska anses utgöra en enda eller flera upphandlande myndigheter som utgångspunkt är något som får avgöras av den nationella rätten. Medlemsstaterna kan dock inte anses ha total frihet att bestämma hur denna indelning ska göras. Om indelningen sker på ett sätt som motverkar upphandlingsregleringens ändamålsenliga verkan, och är till men för de rättigheter för enskilda som följer av denna reglering, så kan indelningen komma i konflikt med direktivet (jfr *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, p. 71–73).

*En kommunal nämnd kan vara en upphandlande myndighet*

Med upphandlande myndighet avses enligt 2 kap. 19 § första stycket LOU statliga och kommunala myndigheter. Någon definition av vad som är en kommunal myndighet finns dock varken i den lagen eller i någon annan författning. I förarbetena uttalas att det är angeläget att begreppet myndighet i svensk rätt används på ett enhetligt sätt och att begreppet förbehålls det som enligt svensk lagstiftning och svenskt språkbruk utgör en myndighet. Genom att i lagen använda ordet myndighet uppnås enligt förarbetena att kommunala och landstingskommunala myndigheter kommer att anses som upphandlande myndigheter enligt lagen (prop. 2006/07:128 s. 147).

Normalt anses att kommunala nämnder är egna förvaltningsmyndigheter (se t.ex. Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, 7 uppl. 2016, s. 19, Hellners och Malmqvist, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 3 uppl. 2010, s. 59 f. samt prop. 2011/12:106 s. 37). Det bör därmed kunna accepteras att en kommun betraktar varje kommunal nämnd som en egen upphandlande myndighet, så länge detta inte sker på ett sätt som kommer i konflikt med direktivets syften.

*Krav på att nämnden agerar självständigt*

Att en kommunal nämnd behandlas som en egen upphandlande myndighet får när det gäller tillämpningen av upphandlingsdirektivet betydelse framför allt vid den s.k. tröskelvärdesberäkningen (artikel 9 i 2004 års direktiv, jfr artikel 5 i 2014 års direktiv). Denna är avgörande för om en upphandling över huvud taget omfattas av direktivet. Beräkningsreglerna innehåller bl.a. bestämmelser om när en upphandling får delas upp och om när värdet av flera delkontrakt ska räknas samman. Konsekvensen av att varje enskild nämnd, och inte kommunen som sådan, betraktas som en upphandlande myndighet vid beräkningen är att fler upphandlingar kan komma att falla utanför direktivets tillämpningsområde.

Detta innebär inte att det generellt kan anses vara oförenligt med direktivet att behandla kommunala nämnder som egna upphandlande myndigheter. För att säkerställa direktivets effektiva genomslag bör ett villkor dock vara att nämnden agerar självständigt i förhållande till kommunen.

En jämförelse kan här göras med de nya regler om s.k. separata operativa enheter som har införts i artikel 5.2 i 2014 års upphandlingsdirektiv. Reglerna ska tillämpas vid tröskelvärdesberäkningen och innebär att om en upphandlande myndighet består av flera sådana enheter så får beräkningen göras för varje enskild enhet, men bara under förutsättning att enheten självständigt ansvarar för sin upphandling. Dessa regler har visserligen ingen omedelbar relevans för vad som utgör en upphandlande myndighet som sådan. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening skulle dock en nationell reglering som tillåter att även osjälvständiga delar av en regional eller lokal myndighet betraktas som egna upphandlande myndigheter kunna komma i konflikt med syftena bakom dessa regler och därmed med syftena bakom tröskelvärdesbestämmelserna i stort.

För att inte undergräva direktivets effektiva verkan bör ett krav för att en kommunal nämnd ska godtas som egen upphandlande myndighet alltså vara att nämnden genomför sina upphandlingar självständigt.



*Bedömningen i detta fall*

Av utredningen i målet framgår att Stockholms kommun i sina regler för ekonomisk förvaltning betraktar varje nämnd i kommunen som en egen upphandlande myndighet med ansvar för att dess upphandlingar sker i enlighet med gällande regelverk. Det framgår vidare att fastighetsnämnden har egen förvaltning och budget.

Högsta förvaltningsdomstolen anser mot denna bakgrund att det saknas anledning att ifrågasätta att det är fastighetsnämnden som självständigt har genomfört den aktuella upphandlingen och att nämnden således ska anses vara upphandlande myndighet. Det finns därmed inget stöd för att vid bedömningen av storleken på upphandlingsskadeavgiften beakta att idrottsnämnden tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Något annat skäl för att höja avgiften har inte anförts. Konkurrensverkets överklagande ska därför avslås.

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Margit Knutsson, Kristina Ståhl, Inga-Lill Askersjö och Mahmut Baran.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Simon Isaksson.

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 28 december 2016 i mål nr 24947-15



**KAMMARRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 06.

**DOM**

2017-12-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr 306-17

**KLAGANDE**

Konkurrensverket  
103 85 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms stad

Ombud: Lars Mattsson  
Stockholms kommun  
Box 8312  
104 20 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 28 december 2016  
i mål nr 24947-15, se bilaga A

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

---

Dok.Id 403243

**Postadress**  
Box 2302  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls Torg 5

**Telefon**  
08-561 690 00  
**E-post:** kammarrattenistockholm@dom.se  
www.kammarrattenistockholm.domstol.se

**Telefax**  
08-14 98 89

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket** yrkar att kammarrätten ska ändra förvaltningsrättens dom på så sätt att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till 100 000 kronor. Konkurrensverket vidhåller det som anförs i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande. Överträdelse av två kommunala nämnder kan ses som upprepade överträdelse och kan således utgöra en försvarande omständighet vid bedömningen av sanktionsvärdet. En kommunal nämnd kan inte likställas med en upphandlande myndighet. Begreppet upphandlande myndighet härrör från artikel 1.9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 och ska först och främst tolkas i ljuset av unionslagstiftningen. Frågan om en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet ska avgöras utifrån graden av självständighet och inte utifrån förvaltningsrättens bedömning om att en kommunal nämnd är en funktionellt skild enhet. Frågan i målet är om upprepade överträdelse begångna av olika nämnder kan anses vara en försvarande omständighet, inte i vilken utsträckning och under vilka omständigheter olika nämnders inköp ska samordnas.

Kommunen har det yttersta ansvaret för nämndorganisationens fullgörande av delegerade uppdrag inom ramen för de mål och riktlinjer som fastställts för verksamheten ifråga. Av Stockholms stads program för upphandling och inköp följer en skyldighet för kommunfullmäktige att kontrollera samtliga nämnders och förvaltningars efterlevnad av regelverken för offentliga upphandlingar. Denna skyldighet är dessutom fastställd i lag. Kommunen är därmed ytterst ansvarig för både fastighetsnämndens och idrottsnämndens överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Fastighetsnämnden är inte en juridisk person och det i målet aktuella avtalet får därför ytterst anses ha ingåtts av kommunen.

Det finns ingen klagande ledning från EU-rätten vad gäller begreppet upphandlande myndighet. Graden av en enhets självständighet i förhållande

till kommunen bör dock vara avgörande. Vid en sådan bedömning står viss vägledning att finna i Europeiska kommissionens riktlinjer om kriterier för separata enheter inom en upphandlande myndighet, vilka står som inspiration till begreppet separat operativ enhet i det nya upphandlingsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG) samt den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (NLOU). I förarbetena till NLOU (prop. 2015/16:195) anges att även om en separat operativ enhet bedöms vara självständig i fråga om hela eller delar av sin upphandling, innebär inte detta att det är fråga om en egen upphandlande myndighet. Förarbetsuttalandena handlar visserligen om det nya upphandlingsdirektivets begrepp separat operativ enhet, vilket dock torde vara snarlikt begreppet separata enheter. Detta talar för att det vid bedömningen av vad som utgör en upphandlande myndighet inte är tillräckligt att konstatera att en viss enhet är en funktionellt skild enhet, eller att kriterierna för separata enheter är uppfyllda. Graden av självständighet måste således vara högre för en upphandlande myndighet än vad den är för en sådan enhet. Fastighetsnämnden är inte tillräckligt självständig eller oberoende i förhållande till kommunen för att den ska anses vara en upphandlande myndighet i lagens mening.

Det svenska myndighetsbegreppet och LOU:s begrepp upphandlande myndighet är olika begrepp som ska tillämpas var för sig och påverkar inte tillämpningen av vissa offentlighetslagar.

**Stockholms stad** bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Fastighetsnämnden är en kommunal myndighet. Kommunala myndigheter är enligt 2 kap. 19 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphandlande myndigheter. Idrottsnämndens otillåtna direktupphandling ska därför inte belasta fastighetsnämnden vid fastställande av upphandlingsskadeavgift. Lagstiftningen är tydlig med att kommunala

myndigheter utgör upphandlande myndigheter och inte kommunerna i sin helhet.

Konkurrensverket har gjort en felaktig tolkning av förvaltningsrättens dom. Förvaltningsrätten använder definitionen ”funktionellt skild enhet” för att beskriva att det inte behöver vara identitet mellan begreppen juridisk person och upphandlande myndighet. Begreppet ”funktionellt skild enhet” är inte någon allmänt vedertagen bestämning för att definiera en upphandlande myndighet. Den återfinns vare sig i direktiven, svensk lag eller dess förarbeten.

EU-rättslig lagstiftning ska tolkas i ett EU-rättsligt perspektiv. EU-rätten saknar dock ett enhetligt myndighetsbegrepp. Att se hela kommunen som en upphandlande myndighet kan komma i kollision med det svenska myndighetsbegreppet och skulle kunna försvåra tillämpningen av vissa offentlighetslagar. Enligt tryckfrihetsförordningen intar fullmäktige och kommunens olika nämnder en självständig ställning gentemot varandra. Samma gränser finns enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Om alla nämnder i Stockholms kommun tillsammans med kommunfullmäktige utgör en upphandlande myndighet torde det finnas behov av att kommunicera fritt mellan nämnder och fullmäktige/kommunstyrelsen och eventuellt mellan nämnderna. Det myndighetsbegrepp som finns i OSL tillåter normalt inte en överföring av sekretessuppgifter mellan myndigheter utan stöd i lag eller med samtycke av den som sekretessen är till för att skydda.

Den omständigheten att kommunen är en juridisk person och att det ytterst är kommunen som ingått det i målet aktuella avtalet och som ska erlägga upphandlingsskadeavgiften kan inte läggas till grund för en tolkning av begreppet upphandlande myndighet.

Den centrala ledningen i en svensk kommun har ett strukturellt och övergripande ansvar för sin organisation. Detta innebär dock inte att nämnderna inte har ett eget ansvar. Det yttersta ansvaret för upphandling och ingångna avtal ligger hos den upphandlande nämnden. Detta framgår av Stockholms stads program för upphandling där det även anges att varje nämnd inom kommunen utgör en upphandlande myndighet.

Kommunfullmäktige kan inte gå in och fatta beslut i enskilda upphandlingar som utförs av en nämnd utan beslutar endast om inom vilket verksamhetsområde en nämnd ska verka.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Lagen om offentlig upphandling (2016:1145) trädde i kraft den 1 januari 2017 och ersatte då den tidigare lagen om offentligt upphandling (2007:1091). Av övergångsbestämmelserna framgår att för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet, gäller fortfarande den upphävda lagen. Det är därmed lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som ska tillämpas i målet.

I målet är ostridigt att Fastighetsnämnden i Stockholms stad har genomfört en otillåten direktupphandling genom att ha ingått avtal om buller-skyddsskärm. Det finns därmed grund för att besluta om upphandlings-skadeavgift avseende Stockholms stad. Frågan i målet är om det vid bedömningen av upphandlings-skadeavgiftens storlek är rätt att beakta att Idrottsnämnden i Stockholm stad tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Avgörande för denna fråga är om kommunala nämnder inom Stockholms stad ska anses vara egna upphandlande myndigheter eller inte.

### Upphandlande myndighet

Termen upphandlande myndighet definieras i artikel 1.9 i direktiv 2004/18/EG (artikel 2.1 i det nya upphandlingsdirektivet). EU-rätten saknar dock ett enhetligt myndighetsbegrepp. Begreppet myndighet definieras istället i den nationella lagstiftningen, vilket får till följd att definitionen av vad som utgör en upphandlande myndighet varierar mellan EU:s länder.

Den svenska definitionen av upphandlande myndighet återfinns i 2 kap. 19 § LOU där det bl.a. anges att ”med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter”. Vad som avses med en kommunal myndighet anges inte i svensk lag men enligt doktrin anses en kommunal nämnd vara en förvaltningsmyndighet (”Förvaltningslagen med kommentarer”, Hellner och Malmqvist, 2010, s. 59).

I LOU uppställs inte något krav på att en upphandlande myndighet ska vara en juridisk person. Enligt uttalanden i doktrin kan funktionellt skilda enheter inom en juridisk person utgöra upphandlande myndigheter i lagens mening. Detta skulle då innebära att varje kommunal nämnd bör kunna betraktas som en upphandlande myndighet (”Lagen om offentlig upphandling, En kommentar”, Rosén m.fl., 2015, s. 201). Att det kan finnas flera upphandlande myndigheter inom en och samma juridiska person, exempelvis en kommun, anges även i ”Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF”, Asplund m.fl., 2012, s. 84. Där konstateras att det som är avgörande är bl.a. om organet har en egen inköpsfunktion, egen budget och om organet inte räknar in andra organs upphandlingar för att uppnå rabattförmåner. Även Kammarkollegiet anser att kommunala nämnder kan vara egna upphandlande myndigheter. I dess vägledning 2011:6 om direktupphandling anges att en kommun kan ha sin verksamhet indelad i flera olika självständiga enheter, såsom nämnder eller skolor. Nämnderna och skolorna tillhör formellt sett den juridiska personen, men kan ibland agera självständigt, ha en egen budget och genomföra egna

upphandlingar. I vägledningen hänvisar Kammarkollegiet till Europeiska kommissionens arbetsdokument ”Policy Guidelines on Contracts awarded by separate units of a contracting entity under dir. 90/531/EES Utilities”. I dessa riktlinjer har kommissionen ställt upp en rad kriterier till vägledning för när en enhet inom en upphandlande myndighet ska anses ha en sådan självständig ställning att de upphandlingar som enheten gör inte ska räknas samman med den övergripande upphandlande myndighetens (den juridiska personens) upphandlingar.

### **Funktionellt skild enhet och separat operativ enhet**

Förvaltningsrätten har ansett att en kommunal nämnd utgör en kommunal myndighet och att fastighetsnämnden med stöd av 2 kap. 19 § LOU därmed är en egen upphandlande myndighet. Vid bedömningen om en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet har förvaltningsrätten lagt vikt vid om den kommunala nämnden kan anses vara en funktionellt skild enhet inom kommunen. Konkurrensverket anser att det som ska beaktas är fastighetsnämndens grad av självständighet i förhållande till den övergripande upphandlande myndigheten och att kriterierna för separata enheter (enligt Europeiska kommissionens riktlinjer) kan användas vid bedömningen av självständigheten. Detta får i sin tur betydelse vid bedömningen av om fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet. Begreppet separat operativ enhet används i det nya upphandlingsdirektivet för att definiera en enhet inom en upphandlande myndighet.

### **Kammarrättens bedömning**

Enligt 2 kap. 19 § LOU är kommunala myndigheter upphandlande myndigheter. En kommunal nämnd är en förvaltningsmyndighet. Kammarrätten anser mot denna bakgrund att en kommunal nämnd är en



kommunal myndighet som under vissa förutsättningar kan vara en upphandlande myndighet.

Av vad som sägs i doktrinen kan slutsatsen dras att begreppen separat enhet och separat operativ enhet är begrepp som används då en upphandlingskontraktsvärde ska fastställas, dvs. för att avgöra om alla inköp hos en myndighet ska räknas samman eller om kontraktsvärdet ska fastställas på den enskilda enhetens nivå. Kammarrätten anser inte att dessa begrepp kan ligga till grund för bedömningen av vad som är en upphandlande myndighet. Däremot har graden av självständighet betydelse för frågan om en kommunal nämnd ska anses vara en egen upphandlande myndighet. Av Stockholms stads program för upphandling och inköp och Reglemente för fastighetsnämnden framgår att det yttersta ansvaret för upphandling och ingångna avtal ligger hos den upphandlande nämnden. Nämnderna i Stockholms stad har vidare en egen förvaltning och en egen budget. Det är nämnderna som ska ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom den egna nämnden och som ska se till att upphandlingar av samma slag räknas samman.

Enligt kammarrätten står det klart att det är fastighetsnämnden som självständigt har upphandlat och ingått avtal om bullerskyddsskärm och att fastighetsnämnden därför ska anses vara en egen upphandlande myndighet. Mot denna bakgrund saknas det skäl att beakta att idrottsnämnden tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling när upphandlings-skadeavgiften ska fastställas.

Stockholms stad har inte överklagat förvaltningsrättens dom. Kammarrätten är därför förhindrad att fastställa upphandlings-skadeavgiften till ett lägre belopp än vad förvaltningsrätten har gjort. Mot denna bakgrund ska överklagandet avslås.

---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Thomas Rolén  
kammarrättspresident  
ordförande

Carin Jahn  
kammarrättsråd  
referent

Maria Braun  
kammarrättsråd

Eva Lidén  
föredragande

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

**DOM**

2016-12-28

Meddelad i Stockholm

Mål nr

24947-15

**SÖKANDE**Konkurrensverket  
103 85 Stockholm**MOTPART**

Stockholms kommun

Ombud: Jurist Lars Mattsson

Stockholms kommun

Fastighetskontoret

Box 8312

104 20 Stockholm

**SAKEN**

Upphandlingsskadeavgift

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Med delvis bifall till Konkurrensverkets ansökan beslutar förvaltningsrätten att Stockholms kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor.

Dok.Id 792578

---

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a> <a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a>		

**YRKANDEN M.M.**

Konkurrensverket (KKV) yrkar att förvaltningsrätten, enligt 17 kap. 1 § 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska besluta att Stockholms kommun (kommunen) ska betala 100 000 kronor i upphandlingsskadeavgift.

Kommunen medger yrkandet avseende åtgärden i och för sig, men yrkar att avgiften ska bestämmas till ett lägre belopp.

**VAD PARTERNA ANFÖR**

KKV anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Kommunen har ingått avtal om bullerskyddsskärm med leverantören AQVIS Miljö AB utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Det ingångna avtalet utgör således en otillåten direktupphandling och kommunen har därmed brutit mot 15 kap. 4 § LOU.

Det avtal om bullerskyddsskärm som ansökan gäller har enligt kommunen ingåtts muntligen den 20 november 2014. Det skriftliga avtalet är emellertid undertecknat av parterna först den 22 april 2015. KKV bedömer att ett bindande avtal har uppkommit tidigast den 20 november 2014 och senast den 22 april 2015.

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU (17 kap. 4 § LOU). Det högsta avgiftsbeloppet är reserverat för särskilt graverande fall. KKV har beräknat kontraktsvärdet till 1 115 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften kan därför uppgå till högst 111 500 kronor (1 115 000 x 0,1).

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 (17 kap. 5 § LOU). Det ska även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. I förarbetena anges exempel på omständigheter som kan beaktas vid bestämmandet av avgiftens storlek. Av förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och praxis framgår att otillåtna direktupphandlingar är en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet och att sanktionsvärdet därför ofta ska vara högt. I förarbetena nämns bl.a. att förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen och att exempelvis ett upprepat beteende hos myndigheten att göra otillåtna direktupphandlingar kan ses som en försvårande omständighet.

KKV ska vid varje ansökan om upphandlingsskadeavgift bestämma avgiftens storlek med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet inom ramen för avgiftens avskräckande syfte. Av förarbetena framgår att utgångspunkten ska vara att avgiften ska bestämmas så att myndigheten, och även andra myndigheter, avhåller sig från överträdelse. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör avgiften fastställas till.

I detta fall är det fråga om en otillåten direktupphandling där överträdelsen är klar. Det kan också konstateras att kommunen tidigare har gjort otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 4 november 2014 i mål nr 16293-14 beslutat att ett avtal om en badplats som tecknats mellan kommunen och en leverantör skulle ogiltigförklaras eftersom det hade ingåtts genom en otillåten direktupphandling. KKV anser att kommunens tidigare otillåtna direktupphandlingar ska beaktas vid den sammantagna bedömningen av avgiftens storlek vid den nu aktuella överträdelsen. Om tidigare ageranden ska vara belastande för kommunen beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Om en nämnd/avdelning/enhet/förvaltning inom en kommun inte är en egen juridisk person kan inte kommunens

benämning av organisationen vara avgörande för om tidigare överträdelser ska beaktas eller inte.

En kommun är i sin helhet en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU. Kommunen är också en egen juridisk person som i detta fall har valt att organisera sin verksamhet genom en kommunkoncern och kommunala uppdragsföretag. Kommunkoncernen är i sin tur uppdelad i ”stadens verksamhet” och ”stadens bolag”. Stadens verksamhet består av 14 stadsdelsförvaltningar och 15 fackförvaltningar. För varje fackförvaltning finns en politiskt styrd nämnd som har inrättats och vars ledamöter har utsetts av kommunfullmäktige. Fackförvaltningar är inga egna juridiska personer och sköter verksamheter som är gemensamma för hela kommunen. Under dessa förhållanden anser KKV att fackförvaltningarna inte kan anses vara självständiga i förhållande till kommunen. De avtal som ingås av fackförvaltningar får därmed ytterst anses ha ingåtts av kommunen som sådan. Kommunen har alltså det övergripande ansvaret för att de underliggande fackförvaltningarna följer beslutade mål och riktlinjer liksom bestämmelserna i LOU. Att kommunen nu på nytt genom en fackförvaltning har företagit en otillåten direktupphandling ska därför beaktas vid bestämmandet av avgiftens storlek. Vid en sammantagen bedömning av samtliga omständigheter i ärendet anser KKV att en upphandlingsskadeavgift på 100 000 kronor är en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Kommunen anför, genom sitt fastighetskontor, bl.a. följande. Det medges att fastighetskontoret har brutit mot 15 kap. 4 § LOU genom att ingå avtal om bullerskyddsskärm utan föregående annonsering. Fastighetskontoret har inget att invända angående KKV:s utredning och beskrivning av händelseförloppet. Det medges att förfarandet, trots ömmande skäl, utgör en otillåten direktupphandling. Dock finns det synpunkter på avgiftens storlek. KKV menar att en otillåten direktupphandling som gjorts av kommunens idrottsnämnd ska påverka avgiften i höjande riktning. Reglerna om upphandlings-

skadeavgift i 17 kap. LOU tar enligt sin ordalydelse sikte på upphandlande myndigheter. I 17 kap. 1 § LOU anges att allmän förvaltningsdomstol får besluta att en *upphandlande myndighet* ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift). Stockholms kommun utgörs inte av *en* upphandlande myndighet utan består av flera sådana. Fastighetsnämndens avgiftsnivå bör således inte påverkas av idrottsnämndens överträdelse. Fastighetsnämnden, som upphandlande myndighet, kan inte ansvara för en annan kommunal myndighets agerande.

I 2 kap. 19 § LOU stadgas att ”Med upphandlande myndigheter avses statliga och kommunala myndigheter”. Enligt fastighetskontorets mening är lagstiftningen tydlig med att myndigheter utgör upphandlande myndigheter och inte kommunerna i sin helhet. Det är därför mycket svårt att förstå att KKV har hamnat i tolkningen att 2 kap. 19 § LOU avser kommuner i sin helhet.

Fastighetskontoret känner inte till att det finns någon definition av begreppet kommunal myndighet i lag. I regeringsformen och förvaltningslagen förekommer begreppet förvaltningsmyndighet, som är ett något mer begränsat uttryck än begreppet myndighet, eftersom begreppet förvaltningsmyndighet inte omfattar regeringen och domstolarna.

I 1 kap. 8 § regeringsformen anges att det för den offentliga förvaltningen bl.a. ska finnas kommunala förvaltningsmyndigheter. Frågan uppkommer då om en kommunal förvaltningsmyndighet är samma sak som en kommunal myndighet.

Wiweka Warnling-Nerep klargör begreppen myndighet och förvaltningsmyndighet i boken ”En introduktion till förvaltningsrätten” (Norstedts juridik, 2014, elfte upplagan s. 20 f.). Hon anför bl.a. följande.

”Termen ‘myndighet’ förekommer i många vitt skilda författningar och sammanhang. Alla statliga och kommunala organ kan indelas i två kategorier, nämligen *beslutande politiska församlingar* ... samt *myndigheter* ... Den senare gruppen, till vilken regeringen hör, omfattar även förvaltningsmyndigheter och domstolar.

Vidare anges att till kategorin förvaltningsmyndigheter hör bl.a. olika nämnder på kommunal nivå (kommunstyrelse, socialnämnd, byggnadsnämnd, miljönämnd, etc.).

Uttalanden med samma innehåll finns även hos flera andra författare. Tryggve Hellner och Bo Malmqvist skriver i ”Förvaltningslagen med kommentarer” (tredje upplagan s. 59) att de kommunala och landstingskommunala organ som faller in under begreppet förvaltningsmyndighet utgörs av nämnder med tillhörande förvaltningar. Kommunala nämnder är således förvaltningsmyndigheter. Fastighetsnämnden, som är en kommunal nämnd, är således en kommunal myndighet och därigenom även en upphandlande myndighet enligt 2 kap. 19 § LOU. Denna slutsats stöds även av förarbetena till LOU (prop. 2006/2007:128 s. 147).

För kommunen har det också länge varit självklart att kommunens nämnder utgör upphandlande myndigheter. Kommunens kommunfullmäktige har den 20 och 21 november 2013 fattat beslut om ”Regler för ekonomisk förvaltning” vari fastslagits att samtliga nämnder i kommunen är egna upphandlande myndigheter. Fastighetskontoret kan inte finna att KKV:s sätt att tolka begreppet upphandlande myndighet utifrån det civilrättsliga begreppet har stöd i vare sig lag, förarbeten eller doktrin.

KKV anför härefter bl.a. följande. I likhet med kommunen anser KKV att det inom en och samma kommun kan finnas flera upphandlande myndigheter. Vad som krävs för att en del inom en kommun ska anses vara en upphandlande myndighet är emellertid inte klart. Hur begreppet ska tolkas eller hur en bedömning av ett organ inom en övergripande upphandlande myndighet ska göras framgår varken av bestämmelserna i LOU eller av dess



förarbeten. KKV anser att det är det ifrågasatta organets grad av självständighet i fråga om beslut rörande inköp och upphandling i förhållande till den övergripande upphandlande myndigheten som har en avgörande betydelse för om organet ska bedömas vara en egen upphandlande myndighet. Vid bedömningen av organets självständighet kan frågan om vilket slags rättssubjekt det är ha betydelse.

Om kommunen har organiserat sin verksamhet i olika juridiska personer, exempelvis i kommunala bolag eller kommunalförbund, är det tydligt att delarna är självständiga i förhållande till varandra. Om ett organ inom en kommun emellertid inte är ett sådant subjekt måste det i stället vara andra faktorer som ska tillmätas betydelse vid bedömningen av organets självständighet.

KKV anser att bedömningen av om en del inom en kommun uppvisar en sådan självständighet att den kan bedömas som en egen upphandlande myndighet ska göras utifrån de kriterier som framgår av Kammarkollegiets vägledning 2011:6 om Direktupphandling. Vägledningen hänvisar i sin tur till Europeiska kommissionens arbetsdokument *Policy Guidelines on Contracts awarded by separate units of a contracting entity under dir. 90/531/EES Utilities*. Kommissionen har angett att en bedömning bör göras av om:

- a) den aktuella enheten självständigt ansvarar för upphandlingen och fattar beslut i upphandlingen oberoende av någon annan del av den upphandlande myndigheten,
- b) den aktuella enheten har en egen budget och det aktuella avtalet finansieras av enheten,
- c) upphandlingen tillgodoser behovet hos den aktuella enheten eller även andra delar av den upphandlande myndigheten eller hela den upphandlande myndigheten,

- d) enheten i upphandlingen försöker utnyttja sin position som en del av en större helhet för att erhålla volymfördelar.

Efter en genomgång av kriterierna ovan anser KKV att det är det tredje kriteriet (c) som inte är uppfyllt i detta fall. Detta eftersom upphandlingen av bullerskyddet avser att täcka ett behov som är gemensamt för den övergripande upphandlande myndigheten. Detta överensstämmer också med kommunens egen beskrivning av en s.k. fackförvaltning (till skillnad från de i kommunen förekommande stadsdelsförvaltningarna).

Vid bestämmandet av avgiftens storlek i detta fall har KKV bedömt att den omständigheten att idrottsförvaltningen tidigare har gjort en otillåten direktupphandling ska påverka avgiftens storlek i försvårande riktning. Idrottsförvaltningen är – liksom fastighetskontoret – en fackförvaltning som genomför upphandlingar för ändamål som är gemensamma för kommunen. Situationen kan således vara en annan än om exempelvis en stadsdelsförvaltning genomför en upphandling av något som endast är avsett för den egna stadsdelen. KKV vill dock påpeka att detta endast är en av flera omständigheter som har påverkat hur hög avgift som verket anser att domstolen ska döma ut.

Enligt 17 kap. 2 § LOU ankommer det på KKV att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en *upphandlande myndighet* ska betala en upphandlingsskadeavgift. Sedan bestämmelserna trädde i kraft har domstolarna inte i något fall ålagt någon annan än kommunen som sådan att betala en upphandlingsskadeavgift. Även i fråga om överprövningar enligt 16 kap. LOU är det som huvudregel kommunen som anges vara den upphandlande myndigheten. Om kommunens tolkning skulle godtas skulle därmed ett otaligt antal avgöranden vara felaktiga.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Tillämpliga bestämmelser

I 2 kap. 19 § första stycket LOU anges att med *upphandlande myndighet* avses statliga och kommunala myndigheter.

Av 17 kap. 1 § 3 och 2 § andra stycket LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av tillsynsmyndigheten, får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt, såvitt nu är aktuellt, 15 kap. 4 § LOU.

Enligt 17 kap. 4 § LOU ska upphandlingsskadeavgiften uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Värdet av ett kontrakt ska enligt 15 kap 3 a § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

Av 17 kap. 5 § LOU framgår att vid fastställandet 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.

### Förvaltningsrättens bedömning

KKV har till stöd för sin ansökan åberopat att kommunen, genom sin fastighetsnämnd, har ingått ett avtal om bullerskyddsskärm utan föregående annonsering, trots att förutsättningarna för detta saknades. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning i denna fråga än den som KKV har gjort och som också vitsordats av kommunen. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen, genom att ingå det aktuella avtalet om bullerskyddsskärm utan föregående annonsering, har genomfört en otillåten

direktupphandling och att det därmed finns grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift. Några synnerliga skäl för att efterge avgiften har inte gjorts gällande och har inte heller i övrigt kommit fram. Med beaktande av att fastighetsnämnden inte är en juridisk person och det i målet aktuella avtalet därför ytterst får anses ha ingåtts av kommunen finner förvaltningsrätten att det är kommunen som sådan som ska åläggas att betala avgiften.

Fråga är då till vilket belopp upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas. Upphandlingsavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Värdet av ett kontrakt ska enligt 3 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det är ostridigt att det i målet aktuella kontraktsvärdet uppgår till 1 115 000 kronor. Upphandlingsskadeavgiften ska således bestämmas till ett belopp inom intervallet 10 000 kronor–111 500 kronor ( $1\,115\,000 \times 0,1$ ). Inom de angivna beloppsramarna har domstolen ett utrymme att fastställa avgiftens storlek.

Av förarbetena framgår att ett av syftena med upphandlingsskadeavgiften är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Utgångspunkten är att avgiften bestäms 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. 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. Omständigheten att t.ex. rättsläget är oklart bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otilåten direktupphandling anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Avtalstidens längd och

avtalets värde kan också 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. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat förfarande bör ses som en försvårande omständighet. Det förhållandet att den upphandlande myndigheten på annat sätt drabbats negativt kan i vissa fall ses som en förmildrande omständighet (se prop. 2009/10:180 s. 196 f. och s. 369 f.).

KKV har vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek beaktat att kommunens idrottsnämnd tidigare gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Kommunen har i målet gjort gällande att fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet och att idrottsnämndens överträdelse av LOU därför inte ska beaktas vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek.

Förvaltningsrätten konstaterar i denna fråga inledningsvis att det i LOU inte uppställs något krav på att en upphandlande myndighet ska vara en juridisk person. Av doktrinen framgår att även funktionellt skilda enheter inom en juridisk person kan utgöra upphandlande myndigheter i lagens mening och att begreppet ”juridisk person” därmed inte alltid sammanfaller med begreppet ”upphandlande myndighet (se Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling; en kommentar, 2015, s. 201). Det förhållandet att fastighetsnämnden inte är en juridisk person innebär därför inte att nämnden inte skulle kunna vara en upphandlande myndighet.

Enligt förvaltningsrättens mening är en kommunal nämnd en funktionellt skild enhet inom kommunen. Förvaltningsrätten anser vidare att en kommunal nämnd utgör en kommunal myndighet. Mot bakgrund härav och då det i 2 kap. 19 § LOU anges att kommunala myndigheter är upphandlande myndigheter anser förvaltningsrätten att fastighetsnämnden är en egen upphandlande myndighet. Enligt förvaltningsrättens mening saknas det därför, vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek, skäl att beakta att en annan nämnd inom kommunen (idrottsnämnden) tidigare gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Vid denna bedömning anser förvaltningsrätten att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till ett något lägre belopp än det som yrkats av KKV. Förvaltningsrätten anser att ett belopp om 90 000 kronor får anses väl avvägt i förhållande till den konstaterade överträdelsen och till vad som i övrigt framkommit i målet. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas på så sätt att kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift om 90 000 kronor.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Eva Bäckström

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

### Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.