



**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 offentlighetsrättsliga lagar.

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

SÖKANDEKonkurrensverket
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: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

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 överträdelsena 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 överträdelser. 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 överträdelserna. 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. Otilåtten 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.